

DER EINFLUSS VON ZWECKMÄSSIGKEITS-
UND BILLIGKEITSERWÄGUNGEN
AUF DIE STRAFRECHTLICHE
RECHTSPRECHUNG
DES BUNDESGERICHTSHOFES

Klaus Mölter

1965.

DER EINFLUSS VON ZWECKMÄSSIGKEITS- UND BILLIG-
KEITSERWÄGUNGEN AUF DIE STRAFRECHTLICHE RECHT-
SPRECHUNG DES BUNDESGERICHTSHOFES

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von

Klaus Mölter

München 1965



Referent : Prof. Dr. jur. Dr. med. h.c. Karl Engisch

Korreferent : Prof. Dr. Reinhart Maurach

Tag der mündlichen Prüfung : 6.7.1965

III

Inhaltsverzeichnis

Seite:

Einleitung	1
I. Ziel der vorliegenden Untersuchung	1
II. Umfang der vorliegenden Untersuchung	1
1. Prinzip der Auswahl der besprochenen Entscheidungen	1
2. Definition des Begriffes der Zweckmäßigkeitserwägungen in dieser Arbeit	
III. Methodologische Vorbemerkung	3
1. Schwierigkeit, den Einfluß von Zweckmäßigkeits- und Billigkeitserwägungen in den einzelnen Entscheidungen festzustellen	3
2. Standpunkt des Verfassers bei der Beurteilung der Urteile und Beschlüsse des BGH	4
3. Unvermeidbarkeit von Wiederholungen bei der Zitierung einzelner Entscheidungen	6
I. Teil: Besprechung und Systematisierung der vom BGH berücksichtigten Zweckmäßigkeits- und Billigkeitserwägungen anhand besonders instruktiver Entscheidungen	7
1. Abschnitt: Darstellung der für die strafrechtliche Rechtsprechung des BGH bedeutsamen Zweckmäßigkeitserwägungen	7
A. Die für das Strafverfahren bedeutsamen Zweckmäßigkeitserwägungen	7
I. Prozeßökonomische Erwägungen	7
1. Beschleunigung des Verfahrens	7
2. Vereinfachung des Verfahrens	11
3. Entlastung der Gerichte	14
a) unmittelbar durch eine entsprechende Auslegung strafprozessualer Normen	15

aa)	Entlastung der Berufungs- und Revisionsgerichte	19
bb)	Entlastung der Rechtspflege im allgemeinen	19
b)	mittelbar durch beschleunigte Herbeiführung der Rechtskraft einer Entscheidung	21
4.	Gemeinsamer fiskalischer Zweck aller von prozeßökonomischen Erwägungen getragenen Entscheidungen	23
II.	Schaffung der prozessualen Voraussetzungen für eine möglichst richtige Sachentscheidung	25
1.	unmittelbar durch eine entsprechende Auslegung strafprozessualer Normen	25
2.	Entscheidung einer Sache durch den mit ihr am besten vertrauten Richter	28
3.	Möglichst genaue und umfassende Wahrheitsforschung im Strafverfahren	30
a)	Herbeiführung möglichst wahrheitsgemäßer Zeugenaussagen	30
aa)	Durch entsprechende Auslegung der §§ 59 ff StPO	32
bb)	durch entsprechende Auslegung der §§ 154 ff StGB	34
b)	Sonstige auf eine möglichst genaue Aufklärung des zu beurteilenden Sachverhalts gerichtete Entscheidungen	36
III.	Wahrung der Rechtssicherheit	43
1.	unmittelbar durch eine entsprechende Auslegung strafprozessualer Normen	45
2.	Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung und damit der Rechtsicherheit durch klare Abgrenzung von Rechtsnormen	49
3.	Kurze Zusammenfassung	55
IV.	Wahrung der rechtsstaatlichen Prinzipien der Strafverfolgung	56
1.	Anspruch des Angeklagten auf rechtliches Gehör	57
2.	Anspruch des Angeklagten auf den gesetzlichen Richter	58

3. Recht des Angeklagten auf Verteidigung und auf Zuziehung eines Verteidigers	61
4. Unparteilichkeit des Gerichts	68
5. Klare Umgrenzung der Rechtskraft einer Entscheidung durch einen eindeutigen Inhalt des Eröffnungsbeschlusses	69
6. Verbot der ref. i. peius	70
7. Verbot der Verwertung von auf unzulässige Weise in das Verfahren eingeführten Tatsachen	70
8. Wahrung der Öffentlichkeit des Verfahrens	70
9. Beachtung der Verjährung der Strafverfolgung	71
V. Zusammenfassender Rückblick auf die für das Strafverfahren bedeutsamen Zweckmäßigkeitserwägungen	73
B. Die bei der Anwendung und Auslegung des materiellen Strafrechts berücksichtigten Zweckmäßigkeitserwägungen in Gestalt der kriminalpolitischen Erwägungen	76
I. Kriminalpolitische Erwägungen, die eine Bestrafung des Täters überhaupt ermöglichen wollen	78
1. Die auf den erhöhten Schutz eines konkreten Rechtsgutes gerichteten kriminalpolitischen Erwägungen	78
a) Verstärkter Schutz des Eigentums	78
b) Verstärkter Schutz des Vermögens als Ganzes	86
c) Verstärkter Schutz der Sittlichkeit	91
d) Erreichung einer größeren Verkehrssicherheit	99
e) Möglichst umfassender Schutz des Staates und seiner Organe	104
f) Verhütung sachfremder Einflüsse in der öffentlichen Verwaltung	107
g) Bewahrung des Rechtsverkehrs vor Täuschung durch falsche Urkunden	109

h) Sonstige, auf den besonderen Schutz eines einzelnen Rechtsgutes gerichteten Erwägungen	110
2. Allgemeine, für das gesamte Strafrecht bedeutsame kriminalpolitische Erwägungen	112
II. Kriminalpolitische Erwägungen, die eine härtere Bestrafung des Täters ermöglichen wollen	119
1. Erwägungen, die auf einen besonderen Schutz eines konkreten Rechtsgutes gerichtet sind	120
a) Erhöhter Schutz des Eigentums	120
b) Erhöhter Schutz des Staates und seiner Organe	124
c) Erhöhter Schutz der körperlichen Unversehrtheit	125
d) Erreichung einer größeren Verkehrssicherheit	125
e) Sonstige auf den verstärkten Schutz eines einzelnen Rechtsgutes mit Hilfe einer härteren Bestrafung des Täters gerichtete Erwägungen	126
2. Allgemeine, für das gesamte Strafrecht bedeutsame, auf eine härtere Bestrafung des Täters gerichtete kriminalpolitische Erwägungen	126
III. Kriminalpolitische Erwägungen, die auf eine erweiterte Verhängung von Nebenstrafen und Sicherungsmaßregeln gegen den Angeklagten abzielen	130
1. Erweiterte Einziehung von Gegenständen	131
2. Ausdehnung der Möglichkeit, den Angeklagten in eine Heil- und Pflegeanstalt einzuweisen	132
3. Verstärkte Entziehung der Fahrerlaubnis nach § 42 m StGB	134
IV. Zusammenfassender Rückblick auf die kriminalpolitischen Erwägungen	137

2. Abschnitt: Darstellung der in der strafrechtlichen Rechtsprechung des BGH berücksichtigten Billigkeitserwägungen	138
A. Billigkeitserwägungen zugunsten des Angeklagten	139
I. Die im materiellen Strafrecht berücksichtigten Billigkeitserwägungen	139
1. Billigkeitserwägungen, die für das gesamte materielle Strafrecht von Bedeutung sind	139
2. Billigkeitserwägungen, die nur für die Auslegung einzelner Normen des materiellen Strafrechts bedeutsam sind	143
II. Die im Strafverfahrensrecht beachteten Billigkeitserwägungen	150
B. Billigkeitserwägungen zugunsten Dritter	152
3. Abschnitt: Zusammenfassender Rückblick auf die die Rechtsprechung des BGH zum materiellen Strafrecht beherrschenden außergesetzlichen Erwägungen	156
II. Teil: Schlußfolgerungen und Resultate, die sich aus der Besprechung der von Zweckmäßigkeits- und Billigkeitserwägungen beeinflussten Entscheidungen ergeben	160
I. Ziel der strafrechtlichen Rechtsprechung des BGH - Verwirklichung der dem Strafverfahrensrecht und dem materiellen Strafrecht immanenten Gerechtigkeit	160
II. Gründe dafür, daß der BGH dieses Ziel nicht immer erreicht	162
III. Berücksichtigung von nicht an der Gerechtigkeit orientierten Zweckmäßigkeitserwägungen als Ausnahme in der strafrechtlichen Rechtsprechung des BGH	162

IV.	Berücksichtigung von nur wenigen Arten außergesetzlicher Erwägungen	164
V.	Beachtung von mehreren, teilweise im Gegensatz zueinander stehenden Erwägungen bei der Beurteilung gleichartiger Lebenssachverhalte	165
VI.	Große Kasuistik in der Rechtsprechung des BGH	170
VII.	Verhältnis der vom BGH in seiner Rechtsprechung beachteten Zweckmäßigkeits- und Billigkeitserwägungen zum Gesetz	172
VIII.	Arten der Begründung der von außergesetzlichen Erwägungen beeinflussten Entscheidungen	178
IX.	Kurzer zusammenfassender Überblick über die wesentlichsten Resultate der vorliegenden Untersuchung	182

LiteraturverzeichnisI.) Lehrbücher und Kommentare

- | | |
|-------------------------------|---|
| Enneccerus-Nipperdey | Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts,
Bd. I, Allgemeiner Teil, 14. Auflage, 1952 |
| Kleinknecht-Müller-Reitberger | Kommentar zur Strafprozeßordnung
und zum Gerichtsverfassungsgesetz,
4. Auflage, 1958 |
| Kohlrausch-Lange | Kommentar zum Strafgesetzbuch,
43. Auflage, 1961 |
| Maurach Reinhart | Deutsches Strafrecht, Allgemeiner
Teil, 2. Auflage, 1958
Besonderer Teil, 3. Auflage, 1959 |
| Schmidt Eberhard | Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung,
Teil I, 2. Aufl. 1964, Teil II
und III, 1. Aufl., 1957 und 1960 |
| Schönke-Schröder | Kommentar zum Strafgesetzbuch,
11. Auflage, 1963 |
| Schwarz-Dreher | Kommentar zum Strafgesetzbuch,
25. Auflage, 1963 |
| Schwarz-Kleinknecht | Kommentar zur Strafprozeßordnung,
24. Auflage, 1963 |
| Welzel Heinrich, | Das deutsche Strafrecht in seinen
Grundzügen,
8. Auflage, 1963 |

II.) Monographien

- | | |
|-----------------------|--|
| Bartholomeyczik Horst | Die Kunst der Gesetzesauslegung
Frankfurt/M. 1951 |
| Brütt Lorenz, | Die Kunst der Rechtsanwendung,
Berlin 1907 |
| Bülow Oskar, | Gesetz und Richteramt, Leipzig
1885 |
| Danz Erich, | Richterrecht, Berlin 1912 |
| Düringer Adelbert, | Richter und Rechtsprechung,
Leipzig 1909 |
| Engisch Karl, | Logische Studien zur Gesetzesanwendung,
Heidelberg 1960 |

- Esser Josef Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, Tübingen 1956
- Grünhut Max, Begriffsbildung und Rechtsanwendung im Strafrecht, Tübingen 1926
- Heck Philipp, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, Tübingen 1914
- Heck Philipp, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, Tübingen 1932
- Ihering Rudolph von, Der Zweck im Recht, Band I, 4. Auflage, Leipzig 1904
- Isay, Hermann, Rechtsnorm und Entscheidung Berlin 1929
- Jellinek Walter, Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung, Tübingen 1913
- Oertmann, Gesetzeszwang und Richterfreiheit, Erlangen 1908
- Radbruch Gustav, Rechtsphilosophie, Leipzig 1932
- Radbruch Gustav, Die Natur der Sache als juristische Denkform, Darmstadt 1960
- Reichel Hans, Gesetz und Richterspruch, Zürich 1915
- Rümelin Gustav, Werturteile und Willensentscheidungen im Zivilrecht, Freiburg 1891
- Rumpf Max, Gesetz und Richter, Berlin 1906
- Rumpf Max, Der Strafrichter, Band I Berlin 1912, Band II Berlin 1913
- Schmitt Carl, Gesetz und Urteil, Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis, Berlin 1912
- Schröder Horst, Gesetz und Richter im Strafrecht, Kiel 1953

- | | |
|------------------|---|
| Schwinge Erich, | Teleologische Begriffsbildung
im Strafrecht,
Bonn 1930 |
| Vierhaus F., | Über die Methode der Rechtsprechung,
Hannover 1911 |
| Wieacker Franz, | Gesetz und Richterkunst, Zum
Problem der außergesetzlichen
Rechtsordnung,
Karlsruhe 1957 |
| Zitelmann Ernst, | Lücken im Recht,
Leipzig 1903 |

III.) Zeitschriften, Aufsätze und Festschrift-Beiträge

- | | |
|------------------------|---|
| Bauer Fritz, | Sozialer Ausgleich durch Richterspruch, JZ 1957, S. 193 ff |
| Coing Helmut, | System, Geschichte und Interesse in der Privatrechtswissenschaft, JZ 1951, S. 481 ff |
| Engisch Karl, | Interessenjurisprudenz und Strafrecht, Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform 1934, S. 65 ff |
| Fischer Robert, | Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, Ein Rückblick auf die ersten zehn Jahre, Karlsruhe 1960 |
| Heck Philipp, | Interessenjurisprudenz und Gesetzesinteresse, DJZ 1905, S. 1140 ff |
| Müller-Erzbach Rudolf, | Die Relativität der Begriffe und ihre Begrenzung durch den Zweck des Gesetzes, Iherings Jahrbücher Bd. 61, S. 343 ff., 1913 |
| Radbruch Gustav, | Rechtswissenschaft als Rechtsschöpfung, Archiv für soziale Wissenschaft und soziale Politik, Bd. 22, S. 355 ff, 1906 |
| Reinicke, | Die Auslegungsgrundsätze des BGH, NJW 1951, S. 681 |
| Rittler Theodor, | Gesetzes und nicht gesetztes Strafrecht, ZStW 49, S. 451 ff |
| Schmidt Richard, | Gesetzmäßige und regelfreie Strafrechtspflege, DJZ 1925, S. 1291 ff |
| Staffel, | Die Stellung des Richters gegenüber dem Gesetz, besonders im Hinblick auf die Freirechtsbewegung, DRZ 1911, S. 724 ff. |
| Stampe, | Rechtsfindung durch Konstruktion, DJZ 1905, S. 417 ff. |
| Stampe, | Rechtsfindung durch Interessenabwägung, DJZ 1905, S. 713 ff. |
| Stampe | Gesetz und Richteramt, DJZ 1905, S. 1017 ff. |

Jescheck Hans-Heinrich, Die Rechtsprechung des BGH,
Goltdammers Archiv für Strafrecht
1954, S. 32 ff; 1955, S. 97 ff;
1956, S. 97 ff; 1957, S. 1 ff;
1958, S. 1 ff; 1959, S. 65 ff.

A b k ü r z u n g e n

1. Gesetze

AO	= Abgabenordnung
BörsG	= Börsengesetz
BRAO	= Bundesrechtsanwaltsordnung
DAG	= Deutsches Auslieferungsgesetz
EheG	= Ehegesetz
GG	= Grundgesetz
GVG	= Gerichtsverfassungsgesetz
JGG	= Jugendgerichtsgesetz
LebMG	= Lebensmittelgesetz
OWiG	= Ordnungswidrigkeitengesetz
StGB	= Strafgesetzbuch
StPO	= Strafprozeßordnung
UnedelMetG	= Gesetz über den Verkehr mit unedlen Metallen
VVG	= Versicherungsvertragsgesetz
WeinG	= Weingesetz
ZPO	= Zivilprozeßordnung

2. Sonstige Abkürzungen

BGH	= Bundesgerichtshof
d.h.	= das heißt
i.d.R.	= in der Regel
i.V.m.	= in Verbindung mit
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
S.	= Seite
u.a.	= unter anderem
u.U.	= unter Umständen
vgl.	= vergleiche
z.B.	= zum Beispiel
Ziff.	= Ziffer

Römische Zahl nach einem Komma bei der Angabe eines
Paragrafen = Absatz

Arabische Zahl nach einem Komma bei der
Angabe eines Paragraphen = Satz oder Ziffer

Arabische Zahlen ohne Zusatz = Entscheidungen des BGH
in der amtlichen Sammlung der strafrechtlichen Rechts-
sprechung, angegeben nach Bänden und Seitenzahl.

FGH sich leiten ließ. Im Grunde genommen ist zwar fast bei jeder Entscheidung des BGH ein "außergesetzlicher", mehr oder weniger irrationaler Einfluß erkennbar, jedoch ist es nicht Sinn dieser Arbeit, jede Entscheidung des FGH unter eine bestimmte Kategorie von außergesetzlichen Gesichtspunkten einzureihen. Es genügt vielmehr zum Beweis des Einflusses bestimmter Zweckmäßigkeits- und Billigkeitsgesichtspunkte, eine Reihe der markantesten Entscheidungen, die von solchen Erwägungen getragen sind, anzuführen und zu besprechen. Daraus lassen sich die außergesetzlichen Einflüsse, denen der BGH unterworfen ist, mit genügender Klarheit erkennen. Es wird dabei nur auf Entscheidungen zurückgegriffen, die in der amtlichen Sammlung in den Bänden 1 - 19 Heft 5 enthalten sind.

2. Es soll nun noch genauer umrissen werden, wie der Begriff der Zweckmäßigkeits- und Billigkeitserwägungen in dieser Arbeit verstanden wird. Zweckmäßigkeitserwägungen sind alle Gesichtspunkte, die erkennen lassen, daß der BGH mit einer Entscheidung eine bestimmte auf ein erwünschtes Ergebnis hin gerichtete Absicht verfolgt, also irgendeinen zukünftigen, mit der Entscheidung zu verwirklichenden Zweck bei der Fällung eines Urteils im Auge hatte. Der Begriff der Zweckmäßigkeitserwägung wird also sehr weit gefaßt, weiter als es im allgemeinen Sprachgebrauch üblich ist. Während man in der Alltagssprache als Zweckmäßigkeitserwägungen nur solche Überlegungen und Einflüsse bezeichnet, die auf die Befriedigung von Bedürfnissen des täglichen Lebens gerichtet sind, also der Erfüllung von mehr oder weniger vordergründigen, praktischen Zwecken dienen, sollen in dieser Arbeit alle "außergesetzlichen", zweckbestimmten Einflüsse auf die strafrechtliche Rechtsprechung des BGH erfaßt werden, also insbesondere auch der Einfluß der "höheren" Zwecke, vor allem der der Gerechtigkeit als des höchsten Zieles jeder Rechtsordnung und damit

auch der gesamten Rechtsprechung. So sagt auch der BGH in 12,1 ff selbst: "Zweckmäßig ist, nicht was bequem und billig ist, sondern nur, was die Verwirklichung der Wahrheit und Gerechtigkeit am besten sichert; denn das ist der Sinn des Strafverfahrens."

Aus dieser Definition von Zweckmäßigkeit, die auch die Gerechtigkeit umschließt, ergibt sich bereits, daß zwischen Zweckmäßigkeits- und Billigkeitsgesichtspunkten im Gegensatz zur Auffassung des BGH kein grundlegender Unterschied besteht, da die Billigkeit nur einen Teilbereich der materiellen Gerechtigkeit verkörpert.

Wie die folgenden Darlegungen zeigen werden, handelt es sich bei den vom BGH beachteten Zweckmäßigkeits- und Billigkeitserwägungen ausschließlich um solche, die ihre Wurzel im Gesetz selbst haben, und denen der BGH in seiner Rechtsprechung vielfach unter dem Hinweis, den Sinn und Zweck des Gesetzes zu verwirklichen, Raum gibt. Doch auf das Verhältnis dieser Erwägungen zum Gesetz und auf die Frage, inwieweit sie außerhalb des Gesetzes stehen, wird weiter unten noch näher eingegangen.

III. 1. Den einleitenden Ausführungen über Ziel und Umfang der vorliegenden Dissertation sei noch eine kurze Vorbemerkung methodologischer Art angefügt. Sie soll darüber Aufschluß geben, mit welchen Schwierigkeiten es verbunden ist, den Einfluß von Zweckmäßigkeits- und Billigkeitserwägungen auf eine einzelne Entscheidung des BGH festzustellen; denn in einer Reihe von Urteilen und Beschlüssen spricht der BGH zwar ausdrücklich von einzelnen konkreten Zweckmäßigkeits- oder Billigkeitsgesichtspunkten, die ihn bei der Entscheidung beeinflussen haben; doch in der Mehrzahl der Fälle begnügt er sich mit sehr allgemein gehaltenen Bemerkungen über den Sinn und Zweck eines Gesetzes oder ähnlichen Wendungen, aus denen sich nicht unmittelbar er-

gibt, welche konkreten Gesichtspunkte er gerade bei dieser Entscheidung im Auge hatte. Einen wirklich genauen Aufschluß darüber könnte nur die Kenntnis der der Urteils-fällung vorausgehenden Beratung des entscheidenden Senats des BGH geben. Diese Beratung unterliegt aber so wie bei jedem Gericht dem Beratungsgeheimnis, ist also für einen Außenstehenden nicht zugänglich. Auch eine Kenntnis der Akten und damit der tatsächlichen Grundlagen und der Vorgeschichte der in dieser Arbeit behandelten Entscheidungen des BGH ließe einen sichereren Schluß von den Urteilsgründen auf die einzelnen Erwägungen zu, die den BGH bei der Abfassung des Urteils leiteten, als ihn die bloße Kenntnis dieser Gründe erlaubt. Doch auch die Einsichtnahme in die Akten der Fälle, die dem BGH zur Entscheidung vorgelegen haben, war nicht möglich. Außerdem würde sie bei der Vielzahl der für diese Dissertation verwendeten Entscheidungen zu weit führen. Es mußte also versucht werden, allein aus den Gründen, die meistens nur in ihrem wesentlichen Inhalt und daher in sehr abgekürzter Form veröffentlicht werden, die Gesichtspunkte herauszufinden, die den BGH bei den einzelnen Urteilen und Beschlüssen maßgebend beeinflusst haben.

2. Dabei vergleiche ich das im Einzelfall angewendete Gesetz, wie ich es verstehe, mit der Auslegung, die der BGH ihm gibt, und mit den Gründen, die dieser für seine Auslegung anführt, wobei ich mich bemühe, einen möglichst unvoreingenommenen, von juristischen Kenntnissen befreiten, natürlichen Standpunkt einzunehmen und von hier aus die Urteile des BGH zu betrachten. Dieser Standpunkt soll noch etwas näher erläutert werden.

Ein Gesetz hat ebenso wie jede andere schriftliche oder mündliche Äußerung bis zu einem gewissen Grad einen ganz bestimmten Inhalt, der von der Mehrzahl derer, die das Gesetz lesen, als im Gesetz enthalten erkannt und anerkannt

wird. Und zwar ist das der rein abstrakte, objektive, noch von keinem Zweckdenken in eine bestimmte Richtung gelenkte Sinn des Gesetzes. Dieser Gesetzessinn existiert aber in seiner reinen Form nur in der Theorie, da es ein zweck- und damit auch wertungsfreies menschliches Denken im Hinblick auf die Gesetzesinterpretation nicht gibt, man also diesen objektiven, gewissermaßen neutralen Inhalt eines Gesetzes nie mit völliger Sicherheit erkennen kann. Man kann ihn nur annäherungsweise erfassen. Am nächsten kommt diesem neutralen Gesetzessinn der Wortsinn, und zwar der Wortsinn, den ein juristisch ungeschulter, verständiger Mensch aus einem Gesetz entnehmen würde. Wenn man von Wortsinn spricht, ergibt es sich natürlich erneut, daß auch dieser Wortsinn, indem man ihn zu erkennen versucht, sofort wieder unserem zweckgerichteten, wertenden Denken unterliegt und es daher zweifelhafte Fälle gibt, bei denen es nicht feststeht, ob sie noch dem Wortsinn unterfallen oder nicht. Trotzdem besitzt er das größte Maß von Objektivität und kommt dem neutralen Gesetzessinn am nächsten. Auf Einzelheiten dieser Problematik einzugehen, würde hier zu weit führen.

Wie sich aus diesen Darlegungen bereits ergibt, bin natürlich auch ich nur zu einer subjektiven Erkenntnis des abstrakten Gesetzessinns oder, vereinfachend ausgedrückt, des Wortsinns eines Gesetzes fähig, so daß die folgenden Ausführungen insoweit ebenfalls keine völlige Objektivität für sich beanspruchen können, wiewohl ich mich um möglichste Objektivität bemühe, indem ich meine Auffassung eines Gesetzes an der vorgestellten Auffassung der Allgemeinheit auszurichten versuche. Daß sich in dieses Bemühen ein Zirkelschluß einschleichen kann, indem ich zunächst meine Auffassung eines Gesetzes feststelle, diese dann unbewußt der Allgemeinheit als deren Auslegung unterschiebe und dann meine Interpretation anhand der so gefundenen Auslegung der Allgemeinheit überprüfe, daß ein solcher

Zirkelschluß sehr leicht möglich ist, dessen bin ich mir durchaus bewußt. Doch muß man diese Fehlerquellen in Kauf nehmen, da es eine bessere Möglichkeit, dem objektiven Gesetzessinn nahezu kommen, nicht gibt. Es ist daher durchaus möglich, daß ein Leser dieser Arbeit teilweise zu anderen Ergebnissen kommt als ich.

3. Bevor nun mit der Darstellung der einzelnen Zweckmäßigkeits- und Billigkeitserwägungen, die den EGH bei seinen Entscheidungen beeinflussen, begonnen wird, ist noch zu bemerken, daß sich der BGH bei seinen Urteilen und Beschlüssen oft von mehreren und teilweise ganz verschiedenen Erwägungen leiten ließ, daß also in den folgenden Ausführungen zum Teil Überschneidungen und Wiederholungen insofern nicht zu vermeiden sind, als einzelne Entscheidungen mehrmals zitiert werden müssen.

Erster Teil

Besprechung und Systematisierung der vom BGH berücksichtigten Zweckmäßigkeits- und Billigkeitserwägungen anhand besonders in- struktiver Entscheidungen

Erster Abschnitt: Darstellung der für die strafrechtliche
Rechtsprechung des BGH bedeutsamen
Zweckmäßigkeits- und Billigkeitserwägungen.

- A. Einer der Hauptbereiche innerhalb der Rechtsprechung des BGH, in dem Zweckmäßigkeits- und Billigkeitserwägungen eine ganz bedeutende Rolle spielen, ist die Gruppe derjenigen Entscheidungen, die sich mit der Regelung und Durchführung des Strafverfahrens befassen. Es handelt sich dabei vorwiegend um die Auslegung von strafprozessualen Rechtsnormen. Daneben finden sich aber auch Entscheidungen zu Problemen des materiellen Rechts, die zugleich für das Strafverfahren von Bedeutung sind.
- I. Einen großen Raum innerhalb der sich auf die Durchführung des Strafverfahrens beziehenden Zweckmäßigkeits- und Billigkeitserwägungen nimmt der Gesichtspunkt der Prozeßökonomie ein. Unter ihn fallen alle diejenigen Erwägungen, die auf eine Beschleunigung oder Vereinfachung des Verfahrens gerichtet sind, weiter diejenigen, die den Zweck haben, die Arbeit der Gerichte zu verringern oder den Eintritt der Rechtskraft schneller herbeizuführen und dadurch die Gerichte zu entlasten.
- 1.) Es seien nun zunächst einige Entscheidungen angeführt, die eine Beschleunigung des Verfahrens bezwecken.

In 10,186 ff zu § 251, I, Ziff. 4 StPO entscheidet der BGH, daß auch die Aussage eines früheren Mitbeschuldigten aus einem abgetrennten oder bereits erledigten Verfahren unter den Voraussetzungen von § 251, I, Ziff 4 StPO in der Hauptverhandlung verlesen werden darf. Zur Begründung führt er u.a. aus, daß § 251, I Ziff 4 StPO der Ermöglichung einer praktischen und zügigen Durchführung des Strafverfahrens diene. Diese Ziele würden bei einer engeren Auslegung der Vorschrift weitgehend beeinträchtigt werden.

In dieser Entscheidung spricht der BGH expressis verbis von einer "zügigen Durchführung des Strafverfahrens", sagt also selbst, daß er sich bei der Auslegung von § 251, I Ziff 4 StPO von dem Gedanken der Beschleunigung des Verfahrens leiten ließ. Eine unbefangene, weitgehend zweckneutrale Betrachtung von § 251, I, Ziff 4 StPO erfordert diese Auslegung nicht, sondern würde sogar eher zu einer gegenteiligen Interpretation verleiten, da man bei natürlicher Betrachtungsweise unter Mitbeschuldigten nur jemanden versteht, der eben wirklich noch in demselben Verfahren mit angeklagt ist. Wir sehen also gleich in der ersten zitierten Entscheidung, daß der BGH sich ganz klar von einem konkreten Zweckgedanken bei der Auslegung von § 251, I, Ziff 4 StPO leiten ließ, nämlich von dem Gedanken, eine unnötige Doppelvernehmung einer schon einmal richterlich vernommenen Person zu vermeiden, was zweifellos zur Beschleunigung des Verfahrens beiträgt.

Zu § 164, VI StGB entscheidet der BGH in 10,88 ff, daß ein Verfahren nicht mehr anhängig im Sinn von § 164, VI StGB ist, wenn es gemäß § 154, II StPO vorläufig eingestellt ist. In den Gründen führt der BGH aus, daß eine förmlich wirksame Beendigung des Verfahrens durch eine rechtswirksame Verfügung der Staatsanwaltschaft für § 164, VI StGB genüge, da sie die Ungewißheit über das Ergebnis des anderen Verfahrens und über dessen möglichen Einfluß

auf die Entscheidung über die falsche Anschuldigung beseitige. Es sei daher nicht erforderlich, daß die strafbare Handlung überhaupt nicht nochmals zur Untersuchung gezogen werden könne. Andernfalls müßte man nämlich mit dem Verfahren aus § 164 StGB warten, bis die Strafverfolgung wegen der anderen Tat verjährt oder aus anderen Gründen unmöglich sei. Das hieße aber das Verfahren aus § 164 StGB unnötig aufhalten und den Strafzweck gefährden.

Man erkennt, daß hier der BGH von einer ganz anderen Seite an die Beschleunigung des Verfahrens herangeht, indem er den Eintritt einer Voraussetzung des Verfahrens nach § 164 StGB beschleunigt, während er in der zuerst besprochenen Entscheidung eine sich ganz allgemein auf das Strafverfahren als solches beziehende Gesetzesvorschrift im Sinne einer Beschleunigung des Verfahrens auslegt. Außerdem war in der vorangehenden Entscheidung die Beschleunigung des Verfahrens neben einigen anderen sozusagen auf gleicher Stufe stehenden Zwecken, wie Vereinfachung des Verfahrens, Entlastung der Gerichte, auf die im einzelnen noch im folgenden eingegangen wird, der konkrete Endzweck der in der Entscheidung erfolgten Auslegung von § 251, I Ziff 4 StPO. Dagegen ist im vorliegenden Fall die Beschleunigung des Verfahrens nur der nächste Zweck der Entscheidung und dient gleichzeitig als Mittel für weitere, gleichsam darüberstehende Zwecke, nämlich Beweisschwierigkeiten, die infolge einer zu langen Hinauszögerung des Verfahrens aus § 164 StGB entstehen könnten, zu verhindern und dadurch eine Gefährdung eines erfolgreichen Verfahrens aus § 164 StGB überhaupt und damit des Strafzwecks dieser Bestimmung zu vermeiden.

Auch in 12,240 f. spricht der BGH ebenso wie in der bereits besprochenen Entscheidung 10,186 ff ausdrücklich von einer Beschleunigung des Verfahrens. Er entscheidet zu § 81 c, I und II StPO, daß für eine Person, die nicht die nötige geistige Reife für das Verständnis ihres Wei-

gerungsrechtes bezüglich einer körperlichen Untersuchung nach § 81 c StPO besitzt, ihr gesetzlicher Vertreter die Einwilligung geben oder verweigern kann, und begründet diese Entscheidung u.a. damit, daß zwar einerseits das Weigerungsrecht nach § 81 c StPO gegenstandslos wäre, falls man die Einwilligung einer Person, der dafür das nötige Verständnis fehlt, genügen lassen würde, daß aber andererseits das Strafverfahren ohne Schuld des Beschuldigten unzumutbar lange hinausgezögert würde, falls man mit der Untersuchung eines Kindes warten wollte, bis es die nötige Einsicht für das Weigerungsrecht nach § 81 c StPO hat. Daher müsse es zulässig sein, daß der gesetzliche Vertreter nach seiner Belehrung über das Weigerungsrecht die Einwilligung gebe.

In dieser Entscheidung erweitert also der BGH ersichtlich den § 81 c, I und II StPO unter dem Einfluß von Zweckmäßigkeitserwägungen, wobei die Absicht, das Verfahren zu beschleunigen nur einen der mit der Entscheidung verfolgten Zwecke darstellt. § 81 c, I und II StPO enthält ebensowenig wie § 52 StPO irgendeinen konkreten Hinweis auf diese Auslegung, wie der BGH in den Gründen dieses Urteils selbst ausdrücklich betont. An dieser Entscheidung wird daher besonders gut der Einfluß des Zweckdenkens auf die Auslegung und Anwendung eines Gesetzes durch den BGH deutlich.

Weiter seien die Entscheidungen 12,104 ff zu §§ 62; 63, II GVG und 12,1 ff (10 ff) zu § 79 StGB; §§ 337; 460; 462 StPO genannt. In der zuerst genannten Entscheidung will der BGH die Bildung von Hilfsstrafkammern ermöglichen und erleichtern, um die ordentlichen Strafakammern zu entlasten, was wieder zu einer Beschleunigung der gesamten Strafrechtspflege beiträgt. In 12,1 ff zieht er für eine nachträgliche Gesamtstrafenbildung nach § 79 StGB dem ansich bei noch nicht rechtskräftigem Urteil von ihm zuvor für zulässig erklärten Revisionsverfahren unter bestimmten

Voraussetzungen das Beschlußverfahren nach §§ 460 i.V. m. 462 StPO vor, was wieder seine Absicht zeigt, das Verfahren zu beschleunigen.

Auch die Entscheidungen 13,186 ff zu §§42, III JGG; 12, II StPO; 13,202 ff zu § 58 OWiG; 14,30 ff (37) zu § 353, II StPO; 14,179 ff (182) zu § 125, II StPO; 15,263 ff zu §§ 268, II; 338, Ziff 5 StPO; 16,248 ff zu §§ 24; 25, Ziff 2 c, 3 GVG; 17,253 f zu § 354, I StPO; 18,290 ff zu §§ 6; 209; 270 StPO; 19,46 ff zu § 21 STVG sind u.a. von dem Gedanken der Beschleunigung des Verfahrens getragen, wie der BGH in den Gründen teilweise selbst betont.

Die Beschlüsse 13,149 ff und 13,373 f zu § 121, II GVG bezwecken schließlich ebenfalls neben einer Entlastung des BGH eine Beschleunigung des Verfahrens.

2.) Eine weitere Unterart des Gesichtspunkts der Prozeßökonomie bildet der Zweck, das Verfahren zu vereinfachen, was natürlich letztlich in den meisten Fällen wieder auf eine Beschleunigung des Verfahrens hinausläuft. Trotzdem empfiehlt es sich, diese Gruppe von Entscheidungen gesondert zu betrachten, da in ihnen die konkrete Absicht des BGH auf eine Vereinfachung des Verfahrens gerichtet ist, was der BGH teilweise selbst ausspricht, und sie erst mittelbar der Beschleunigung des Verfahrens dienen. Einige Beispiele sollen das verdeutlichen.

In 12,18 ff entscheidet der BGH zu § 244, IV, 1 StPO, daß bei einem Kollegialgericht von der Zuziehung eines Sachverständigen auch dann abgesehen werden kann, wenn auch nur ein Mitglied des Gerichts die nötige Sachkunde hat. Er läßt sich dabei ersichtlich von dem Zweck leiten, eine überflüssige Sachverständigenvernehmung zu vermeiden und damit das Verfahren zu vereinfachen.

Der Wortlaut von § 244, IV, 1 StPO spräche eher gegen diese Auslegung, da unter Gericht nach allgemeinem juristischen Sprachgebrauch das gesamte Kollegialgericht zu verstehen ist, nicht nur ein Mitglied des Gerichts. Mit Hilfe der von ihm vorgenommenen Auslegung kommt der BGH jedoch zu einem vernünftigeren und praktischeren Ergebnis als mit der bloßen Wortauslegung, indem er einen überflüssigen Arbeits- und Zeitaufwand im Verfahren vermeidet.

Ein weiteres Beispiel bildet die Entscheidung 9,222 ff zu § 13, II StPO, in der der BGH ausspricht, daß eine Entscheidung des gemeinsamen Obergerichts nach § 13, II, 2 StPO nicht übereinstimmende Anträge der beteiligten Staatsanwaltschaften voraussetzt. Obwohl sich der BGH zur Begründung dieser Entscheidung nur auf einen Vergleich von § 13, II StPO mit § 4 StPO und § 143, III GVG beruft, ist diese Entscheidung doch ganz klar von dem Zweck bestimmt, nach Möglichkeit zwei verschiedene Prozesse zu vermeiden und die anhängigen Strafsachen in einem Verfahren abzuurteilen, um so die Durchführung des Verfahrens zu vereinfachen, da bei der Zusammenfassung mehrerer zusammenhängender Strafsachen in einem Prozeß oft unnötige Doppelvernehmungen von Zeugen und sonstige Mehr- und Doppelarbeit vermieden werden kann.

In 12,376 ff zu § 267 StPO entscheidet der BGH, daß das erkennende Gericht die Urteilsgründe durch Beschluß berichtigen kann, wenn sich das Versehen aus Tatsachen ergibt, die für alle Verfahrensbeteiligten offenkundig sind und auch der entfernte Verdacht einer unzulässigen, nachträglichen Änderung ausgeschlossen ist. Als Begründung führt er aus, es müsse auch ohne ausdrückliche Vorschrift in der StPO möglich sein, die Urteilsgründe durch einen nachträglichen Beschluß des Gerichts zu berichtigen, da sie vollständig und wahrheitsgetreu sein müßten.

Auch diese Entscheidung dient der Vereinfachung des Verfahrens, indem sie verhindern will, daß ein Urteil, dessen Gründe zwar einen ganz offenkundigen Fehler aufweisen wie z.B. das Verschreiben eines Namens, das aber im übrigen vollkommen in Ordnung ist, durch ein letztlich doch erfolgloses Rechtsmittel angefochten werden muß, um diesen Fehler zu beseitigen. Der BGH sagt in den Urteilsgründen selbst, daß die StPO keine Vorschrift zur Stützung dieser Entscheidung enthält; er kommt also zu diesem Urteil nur aufgrund seiner am Zweck der Vereinfachung und Beschleunigung des Verfahrens ausgerichteten Bewertung des ihm unterbreiteten Sachverhalts.

Ein ganz eindeutig vom Gedanken der Vereinfachung des Verfahrens getragenes Urteil ist auch die Entscheidung 4,207 ff zu § 121, I, Ziff 1 c GVG, in der der BGH ausspricht, daß über alle Revisionen gegen ein und dasselbe Urteil der BGH zu entscheiden hat, auch wenn eine davon nur Verletzung des Landesrechts rügt. In diesem Urteil entscheidet der BGH aus Gründen der Vereinfachung des Verfahrens und vor allem auch aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit und der Rechtssicherheit, die in den folgenden Darlegungen noch näher behandelt werden, sogar gegen den Klaren Wortlaut des Gesetzes. Diese Entscheidung zeigt daher ganz besonders gut den starken Einfluß, den teleologische Erwägungen auf die Rechtsprechung des BGH ausüben.

Schließlich sei zu dieser Unterart der prozeßökonomischen Erwägungen noch auf die Entscheidungen 5,267 ff zu §§ 42 b StGB; 344, I StPO und 11,361 ff zu §§ 359, 5; 370; 373 StPO verwiesen, die die Beschränkung des Revisions- bzw. Wiederaufnahmeverfahrens auf einen Teil des Urteils zulassen, also der Vereinfachung des Verfahrens dienen. Auch die bereits zitierte Entscheidung 10,186 ff ¹⁾ dient neben der Beschleunigung

1) vgl. oben S. 8

auch der Vereinfachung des Verfahrens, was vor allem nach den eigenen Worten des BGH von der zuerst und der zuletzt genannten Entscheidung gilt.

Die Entscheidung 8,133 ff muß hier ebenfalls noch genannt werden. In ihr sagt der BGH, daß § 164, VI StGB eine zwingende Verfahrensvorschrift ist, deren Verletzung die Revision begründet. In den Gründen führt er u.a. aus, daß es folgerichtig und zweckmäßig sei, in Verfahren wegen falscher Anschuldigung abzuwarten, bis der der Anschuldigung zugrundeliegende Sachverhalt in dem wegen dieser Anschuldigung durchgeführten Verfahren geklärt ist. Wie diese Begründung zeigt, war zumindest auch einer der in diesem Urteil berücksichtigten Zwecke der, das Verfahren nach § 164 StGB zu vereinfachen; denn eine solche Vereinfachung bewirkt die vorherige Klärung des Sachverhalts im Verfahren wegen der Anschuldigung, da damit auch unnötige Doppelarbeit der Gerichte vermieden wird.

Endlich sind auch noch die Entscheidungen 14,233 ff (238) zu § 314 StPO; 14,319 ff zu § 121, II GVG; 17,194 ff zu §§ 383, II; 388, I; 390, V StPO; 17,253 f zu § 354, I StPO; 18,79 ff (84) zu §§ 6 StPO; 74; 76 GVG; 33; 41 JGG; 18,290 ff zu §§ 6; 209; 270 StPO u.a. von der Erwägung getragen, das Verfahren zu vereinfachen.

3.) Eine weitere bedeutende Gruppe innerhalb der prozeß-ökonomischen Erwägungen bildet der Gesichtspunkt der Entlastung der Gerichte. Dabei muß man unterscheiden zwischen den Entscheidungen, die direkt und unmittelbar auf die Entlastung der Gerichte gerichtet sind, indem sie versuchen, die Gerichte vor unnötiger Arbeit zu bewahren, und solchen Entscheidungen, die nur mittelbar der Entlastung der Gerichte dienen, indem sie in bestimmten Fällen einen beschleunigten Eintritt der Rechtskraft herbeiführen, also die Gerichte von überflüssigem Ballast befreien.

Einige Entscheidungen sollen als Beispiele für diese Art der prozeßökonomischen Erwägungen dienen.

Zunächst seien ein paar Entscheidungen angeführt, die direkt auf eine Entlastung der Gerichte abzielen.

In der Entscheidung 7,153 ff zu §§ 260, I; 267, V; 296 StPO spricht der BGH aus, daß die Freisprechung wegen nicht erwiesener Schuld den Angeklagten nicht beschwert und daher von ihm nicht mit Rechtsmitteln angefochten werden kann. Zur Begründung führt der BGH u.a. aus, daß der entscheidende Teil des Urteilstenors den Angeklagten nicht beschwere, und daß außerdem die Anerkennung einer Beschwer auch zu einer weiteren Überlastung der Gerichte führen würde.

Bei dieser Entscheidung läßt sich also der BGH nach seinen eigenen Worten von der Absicht leiten, die Gerichte zu entlasten. Da die StPO für die Entscheidung dieses Falles überhaupt keine Rechtsvorschrift enthält, mußte der BGH von sich aus mit Hilfe seines wertenden und zweckgerichteten Denkens und Urteilens das Gesetz ergänzen. Er vergleicht dabei das private Interesse des Angeklagten an der Anfechtung eines derartigen Freispruchs mit dem entgegenstehenden öffentlichen Interesse an der Aufrechterhaltung der Entscheidung und damit an der Entlastung der Gerichte, wie er selbst in den Urteilsgründen ausspricht: "Überwiegende öffentliche Belange fordern gegenüber berechtigten Privatinteressen die Anfechtung einer Freisprechung wegen nicht erwiesener Schuld nicht zuzulassen". Daraus ergibt sich eindeutig, daß der Zweckgedanke der Entlastung der Gerichte zumindest eine und nach den eigenen Worten des BGH eine nicht unwesentliche Triebfeder für diese Entscheidung war.

Das gleiche gilt für den Beschluß 16,374 ff zu §§ 260, I; 267, V; 296; 333 StPO.

Auch in der Entscheidung 7,162 ff zu § 344, II, StPO versucht der BGH die Möglichkeit, ein Rechtsmittel gegen ein Urteil einzulegen, einzuschränken, um die Revisionsgerichte zu entlasten. Er entscheidet: "Eine Verfahrensbeschwerde ist nicht ordnungsgemäß erhoben, wenn die den Mangel enthaltenden Tatsachen nicht mit Bestimmtheit behauptet werden. Protokollrügen sind unzulässig".

In den Gründen führt er u.a. aus: "§ 344, II StPO hat den Zweck, die Revisionsgerichte vor einer Überflutung durch unbegründete und mutwillige Revisionen zu bewahren."

Für diese Entscheidung findet sich zwar ein gesetzlicher Anhaltspunkt in § 344, II, 2 StPO, trotzdem hält es der BGH noch für nötig, den Wortlaut des Gesetzes durch Zweckmäßigkeitserwägungen zu ergänzen, da der Wortlaut eben doch nicht so ganz eindeutig ist. Die Modifizierung des Gesetzeswortlauts in der vom BGH vorgenommenen Weise war im vorliegenden Fall besonders deshalb nötig, weil die vom BGH getroffene Entscheidung der allgemein herrschenden Praxis der Rechtsmittelgerichte widerspricht. Nach Möglichkeit wird nämlich ein Rechtsmittel, das an irgendwelchen Formfehlern leidet, das aber klar erkennen läßt, was der Beschwerdeführer damit verfolgt, von den Rechtsmittelgerichten so aus- und umgedeutet, daß es den vom Beschwerdeführer gewünschten Inhalt erhält. Dieser Praxis würde es entsprechen, wenn der BGH im vorliegenden Fall die "Protokollrüge", d.h. den bloßen Hinweis des Beschwerdeführers auf das Schweigen des Protokolls zu bestimmten protokollpflichtigen Verfahrensvorgängen so ausdeuten würde, daß der Beschwerdeführer mit dem Hinweis auf das Schweigen des Protokolls in Wirklichkeit die nichtprotokollierten Verfahrensvorgänge als Tatsachen im Sinne von § 344, II, 2 StPO angeben und sich nur zum Beweis dieser Tatsachen auf das Schweigen des Protokolls berufen wollte. Eine solche Umdeutung einer "Protokollrüge" wäre auch ganz zwanglos möglich. Da der BGH aber wenigstens in kleinem Umfang

soweit wie möglich eine Entlastung der Revisionsgerichte erreichen wollte, hält er sich bei dieser Entscheidung unter dem Einfluß dieser Zweckmäßigkeitserwägung ganz eng, ja geradezu formalistisch, an den Wortlaut von § 344, II, 2 StPO, da er damit "Protokollrügen" am besten abweisen kann. Daraus ist ersichtlich, daß auch diese Entscheidung, obwohl sie zunächst nur vom Wortlaut des § 344, II, 2 StPO her bestimmt zu sein scheint, von der Absicht geformt wurde, die Revisionsgerichte zu entlasten.

Ein weiteres Urteil in derselben Richtung wie die beiden bereits besprochenen Entscheidungen ist die Entscheidung 11,213 ff zu § 55, II StPO: "Der Angeklagte kann seine Revision nicht darauf stützen, daß der Vorsitzende einen Zeugen entgegen der Vorschrift von § 55, II StPO nicht über sein Auskunftsverweigerungsrecht belehrt hat."

In den Urteilsgründen führt der BGH u.a. aus, daß es kein allgemeines Recht der Verfahrensbeteiligten gäbe, jedes prozeßordnungswidrige Verhalten, also jeden Verfahrensverstöß mit der Revision zu rügen, da Verfahrensvorschriften in ihrer rechtlichen Tragweite für den Angeklagten gestuft seien. Nur solche Verfahrensverstöße seien revisionsfähig, durch die der Rechtskreis des Angeklagten wesentlich berührt würde.

Obwohl also der BGH in der Begründung dieses Urteils nicht von einer Entlastung der Revisionsgerichte spricht, ist es für einen unbefangenen Leser dieser Entscheidung doch klar, daß der eigentliche Zweck dieser Entscheidung darin liegt. Aus dem Begriff der Beschwer läßt sich diese Entscheidung nämlich nicht begründen. Der BGH nimmt aber doch zu dieser Begründung seine Zuflucht, indem er zwischen "wesentlichen" und "unwesentlichen", den Rechtskreis des Angeklagten berührenden Verfahrensverstößen unterscheidet, also mit anderen Worten bei unwesentlichen Verstößen

eine für eine Revision ausreichende Beschwer des Angeklagten verneint. Der Begriff der Beschwer als Voraussetzung für ein Rechtsmittel ist aber einheitlich aufzufassen, d.h. es genügt auch eine nur leichte Beschwer des Angeklagten für die Einlegung eines Rechtsmittels. Das Regulativ, wann die Einlegung eines Rechtsmittels unzulässig wird, muß also aus anderen Gesichtspunkten gefunden werden. Im vorliegenden Fall war auch dieses Regulativ für den BGH in Wahrheit das Interesse an der Entlastung der Revisionsgerichte, das er gegen das Interesse des Angeklagten an der Anfechtbarkeit des Urteils abwog. Der BGH verdeckte nur diese Erwägung, indem er in den Gründen auf die Wesentlichkeit des Verfahrensverstosses abstellte. Daß die Entlastung der Revisionsgerichte der eigentliche Zweck dieser Entscheidung ist, obwohl es der BGH nicht ausdrücklich ausspricht, zeigt auch noch folgende Überlegung. Würde man im Falle der Verletzung von § 55, II StPO eine Revision durch den Angeklagten zulassen, so würde das vielfach zu einer teilweise sehr umfangreichen, schwierigen und in vielen Fällen letztlich doch erfolglosen Ermittlungsarbeit durch das Revisionsgericht führen; denn es müßte festgestellt werden, ob die Aussage eines entgegen § 55 StPO vernommenen Zeugen für das Urteil wesentlich war, ob es also auf einer Verletzung von § 55 beruht. Dies wäre erforderlich, weil die Aussagen von Zeugen nicht protokolliert zu werden brauchen, es also meistens keinen sicheren Anhaltspunkt für ihren Inhalt gibt. Diese Schwierigkeit und die große Belastung, die sich aus einer solchen Ermittlungsarbeit für das Revisionsgericht ergäben, will der BGH mit seiner Entscheidung vermeiden und bewirkt dadurch auch in dieser Hinsicht eine Entlastung der Revisionsgerichte.

Auch der Beschluß 13,289 ff zu §§ 313; 412; 413 StPO gehört in diesen Zusammenhang, da er die Entlastung der Berufungsinstanz dadurch bezweckt, daß er die Anwendung

von § 313 StPO erweitert.

Ebenso müssen die schon oben angeführten Beschlüsse 13,149 ff und 13,373 f zu § 121, II GVG ¹⁾ hier genannt werden. Sie wollen durch die Einschränkung der Vorlagepflicht nach § 121, II GVG den BGH entlasten.

Auch das Urteil 18,339 ff (342) hat nach den eigenen Worten des-BGH eine Entlastung der Revisionsgerichte zum Ziel. Dasselbe gilt von dem bereits oben genannten Beschluß-19,46-ff zu § 21 StVG ²⁾.

Schließlich müssen die bereits oben zitierten Entscheidungen 5,267 ff und 11,361 ff ³⁾ hier ebenfalls noch einmal genannt werden, da der BGH mit ihnen durch die Zulassung einer gegenständlichen Beschränkung des Revisions- bzw. Wiederaufnahmeverfahrens auf einen Teil des Urteils die Arbeit der Revisionsgerichte verringert.

Während die bisher zitierten Entscheidungen nur eine Verringerung der Arbeit der Revisionsgerichte im Auge hatten, also nur in beschränktem Umfang zu einer Entlastung der Rechtspflege im allgemeinen beitragen, will der BGH in 9,149 ff (154 ff) soweit wie möglich erreichen, daß es überhaupt zu keinem Strafverfahren kommt, also eine Arbeitsverringerung auch für die Gerichte des ersten Rechtzuges eintritt. Er entscheidet zu § 470 StPO, daß der Antragsteller seinen Strafantrag unter der Bedingung zurücknehmen kann, daß er durch die Kostenentscheidung von jeder Kostenlast befreit wird. In den Urteilsgründen sagt er dazu folgendes: "Vor der Neufassung von § 470 StPO hatte der Antragsteller zwingend die Kosten zu tragen.

1) vgl. oben S. 11

2) vgl. oben S. 11

3) vgl. oben S. 13

Das hatte zur Folge, daß der Antragsteller von einer Rücknahme des Antrags oft nur deshalb absah, weil er die Kosten nicht übernehmen wollte. Nach dem neu hinzugefügten Satz 2 von § 470 StPO können die Kosten nun dem Angeklagten oder der Staatskasse auferlegt werden. Sinn und Zweck dieser Regelung ist es, im Interesse des Rechtsfriedens Vergleiche zwischen dem Antragsteller und dem Angeklagten zu erleichtern, die eine Rücknahme des Antrags und damit die Erledigung des Strafverfahrens zur Folge haben. Daher muß es dem Antragsteller erlaubt sein, den Antrag unter der Bedingung zurückzunehmen, daß ihm die Kosten nicht zur Last fallen. Dürfte er nämlich den Antrag nur unbedingt zurücknehmen, so würde er sich davon sicher oft durch die Kostengefahr abhalten lassen, womit der Zweck von § 470, 2 vereitelt würde."

Aus dieser Begründung ersieht man, daß der BGH mit dieser Entscheidung neben der Absicht, den Rechtsfrieden aufrecht zu erhalten, auch eine Verringerung der Arbeit und damit eine Entlastung der Gerichte bezweckte. Um diesen Zweck zu erreichen, ist er sogar von der von ihm und der allgemein herrschenden Lehre grundsätzlich vertretenen Meinung abgewichen, daß Prozeßhandlungen nicht an eine Bedingung geknüpft werden dürfen. Wieder nennt der BGH in den Urteilsgründen diese prozeßökonomischen Zweck nicht ausdrücklich, sondern verdeckt ihn durch eine andere Erwägung.

Schließlich seien zu diesem Punkt der prozeßökonomischen Erwägungen noch die bereits zitierten Entscheidungen 10,186 ff ¹⁾; 12,18 ff ²⁾; 12,376 ff ³⁾ und 17, 253 f ⁴⁾ erwähnt, die durch Vereinfachung und Beschleunigung des Verfahrens zu einer Arbeitsverringerung und damit Entlastung der Gerichte beitragen, weiter die Entscheidung

1) vgl. oben S. 8

2) vgl. oben S. 11 f

3) vgl. oben S. 12 f

4) vgl. oben S. 11

12,104 ff ¹⁾, in der der BGH ausdrücklich von einer Entlastung zwar nicht der Rechtspflege im ganzen, wohl aber der ordentlichen Strafkammern spricht.

Diese schon früher zitierten Entscheidungen tragen nur mittelbar zur Entlastung der Gerichte bei. Ebenfalls nur mittelbar der Entlastung der Rechtspflege dienen die Entscheidungen, die darauf gerichtet sind, einen beschleunigten Eintritt der Rechtskraft eines Urteils herbeizuführen und damit das Strafverfahren zu beenden. Sie helfen insofern, die Rechtspflegeorgane zu entlasten, als sie diese durch die beschleunigte Herbeiführung der Rechtskraft einer Entscheidung von Strafsachen befreien, die zwar materiell schon endgültig entschieden, die aber aus formellen Gründen noch nicht rechtskräftig sind. Sie müssen also bei den Gerichten und sonstigen Rechtspflegeorganen immer noch mitgeschleppt werden und hängen ihnen gleichsam als überflüssiger Ballast an. Als Beispiel sei vor allem auf die Entscheidung 11,156 ff verwiesen.

In diesem Urteil entscheidet der BGH zu § 232, IV StPO, daß diese Vorschrift eine Ersatzzustellung nach § 181 ZPO nicht ausschließt. In den Gründen führt er u.a. aus, der Wortlaut des § 232, IV StPO zwingt nicht zu der Auslegung, daß das Urteil nur an den Angeklagten persönlich zugestellt werden könne. Diese Vorschrift bestimme nur den Zustellungsadressaten, nicht den Zustellungsempfänger. § 232 StPO regelt das Verfahren gegen einen solchen Angeklagten, der seiner Pflicht zum Erscheinen in der Hauptverhandlung nicht nachkomme, und gegen den daher die Besorgnis bestehe, daß er sich überhaupt der Strafverfolgung zu entziehen sucht. Es müsse daher genügen, wenn ihm naheliegende und unschwer zu verwirklichende Möglich-

1) vgl. oben S.10

keiten eröffnet werden, von der gegen ihn erlassenen Entscheidung Kenntnis zu erlangen.

Wie aus dieser Begründung zu erkennen ist, ist diese Entscheidung ersichtlich von dem Zweck bestimmt, zu verhindern, daß der Angeklagte sich der persönlichen Zustellung dauernd entzieht und dadurch die Rechtskraft des Urteils auf unbestimmte Zeit hinausschiebt; denn wenn das Urteil in Abwesenheit des Angeklagten verkündet ist, beginnen die Rechtsmittelfristen für ihn gemäß §§ 314; 341 StPO erst mit einer ordnungsgemäßen Zustellung des Urteils zu laufen. Das hätte, falls man eine persönliche Zustellung an den Angeklagten verlangen würde, zur Folge, daß das Urteil, wenn er sich der persönlichen Zustellung mit Erfolg entzieht nie rechtskräftig werden könnte. Ein solches unsinniges, rein formalistisches und dem Zweck eines Strafverfahrens zuwiderlaufendes Ergebnis wollte aber der BGH mit der Auslegung, die er dem § 232, IV StPO gibt, vermeiden. Außerdem wollte er die Rechtspflegeorgane, in diesem Fall besonders die Staatsanwaltschaft, von der letztlich doch erfolglosen Arbeit befreien, die das ständige Bemühen, dem Angeklagten das Urteil persönlich zuzustellen, mit sich bringen würde. Diese Entscheidung trägt also damit auch zu einer Entlastung der Rechtspflege bei. Der Wortlaut von § 232, IV StPO fordert die vom BGH vorgenommene Auslegung nicht, ebenso wie er nicht unbedingt die gegenteilige Auslegung, nämlich das dem Angeklagten nur persönlich zugestellt werden dürfe, verlangt, wenn auch diese Auslegung einem unbefangenen Leser von § 232, IV StPO als die richtigere erscheint. Außerdem ist auch nicht zu übersehen, daß die Unterscheidung zwischen Zustellungsadressat und Zustellungsempfänger, die der BGH vornimmt, sehr spitzfindig ist und nur dazu dient, den wahren Zweck der Entscheidung durch den Anschein einer formellen, aus dem Gesetz entnommenen Begründung zu verdecken. In Wirklichkeit ist aber auch diese Unterscheidung allein aus den oben genannten teleologischen Erwägungen

die diesem Urteil zugrunde liegen, hervorgegangen.

Eine weitere Entscheidung in dieser Richtung ist das oben bereits erwähnte Urteil 12,376 ff ¹⁾, wonach unter ganz bestimmten, eng umgrenzten Voraussetzungen die nachträgliche Berichtigung der Urteilsgründe durch Beschluß des erkennenden Gerichts zulässig ist.

Auch in dieser Entscheidung beschleunigt der BGH den Eintritt der Rechtskraft des Urteils dadurch, daß er die Einlegung eines im Endeffekt doch erfolglosen und daher überflüssigen Rechtsmittels verhindert, und trägt dadurch zur Entlastung der Rechtspflege bei.

4.) Nachdem nun die wesentlichen Entscheidungen, die den Einfluß prozeßökonomischer Erwägungen erkennen lassen, im einzelnen besprochen sind, sei noch ein kurzer zusammenfassender Überblick über diese Gruppe von Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten gestattet. Alle Entscheidungen die von dem Gedanken der Prozeßökonomie bestimmt sind, sind letztlich von einer übergeordneten Absicht getragen, nämlich von dem fiskalischen Zweck, die Rechtspflege zu verbilligen und damit öffentliche Geldmittel zu ersparen; mit anderen Worten, Prozeßökonomie bedeutet Verbilligung der Rechtspflege. Das ist auch der tiefste Grund, weshalb der BGH dem Gedanken der Prozeßökonomie einen so verhältnismäßig großen Einfluß auf die Rechtsprechung einräumt; denn stünden nicht diese fiskalischen Überlegungen im Hintergrund, könnte es für den BGH gleichgültig sein, ob die Gerichte entlastet werden oder das Verfahren beschleunigt wird, da dann einer Überlastung der Rechtspflegeorgane durch eine entsprechende Vergrößerung der Gerichte begegnet werden könnte. Daß dieser fiskalische Gesichtspunkt die tiefste Wurzel der eben erwähnten prozeßökonomischen Erwägungen ist, zeigt besonders gut die schon

1) vgl. oben S.12 f

oben kurz zitierte Entscheidung 12,104 ff zu §§ 62; 63, II GVG ¹⁾. Sie soll deshalb hier noch einmal ausführlicher besprochen werden. Danach darf eine Hilfsstrafkammer, die vorübergehend zur Entlastung der ordentlichen Strafkammer gebildet wird, mit einem Landgerichtsrat als Vorsitzenden bestellt werden.

Der BGH hält es also bei Überlastung der ordentlichen Strafkammer für zulässig, im Rahmen einer Hilfsstrafkammer von der grundsätzlich in den §§ 59 und 62 GVG festgelegten Besetzung der Strafkammern abzuweichen; denn in diesem Fall sei die ordentliche Strafkammer im Sinne von §§ 63, II und 67 GVG verhindert. Es träten dann die regelmäßigen Vertretungen des § 66 GVG ein. Anstelle dieser gesetzlichen Vertretungen könne auch eine Hilfsstrafkammer gebildet werden, da sie auf demselben Gedanken wie § 66 GVG beruhe. Für eine solche Hilfsstrafkammer dieselbe Besetzung wie bei der ordentlichen Strafkammer zu verlangen, würde meistens schon am Mangel der Planstellen scheitern; außerdem wäre es leere Förmerei, da die Anordnung einer ordentlichen Besetzung undurchführbar wäre, also wieder § 66 GVG eingreifen würde. Wollte man sich streng an den Wortlaut des Gesetzes halten, wäre die Bildung von Hilfsstrafkammern oft undurchführbar.

Man sieht an dieser Entscheidung ganz deutlich, daß sich hier der BGH letztlich aus einem rein fiskalischen Grund, nämlich um die Schaffung neuer Planstellen für Richter, insbesondere Landgerichtsdirektoren, zu vermeiden, zu einer Umgehung des Gesetzes verleiten läßt. Derselbe Gedanke oder ähnliche fiskalische Erwägungen sind auch die letzte Wurzel der übrigen zuvor besprochenen Entscheidungen.

1) vgl. oben S. 10

II. Eine weitere Gruppe innerhalb der Entscheidungen, die von Zweckmäßigkeitserwägungen beeinflusst sind, die sich auf die Durchführung des Strafverfahrens beziehen, bilden diejenigen, die auf prozessuaalem Gebiet die Voraussetzungen dafür schaffen wollen, daß die Gewähr für eine möglichst richtige Sachentscheidung besteht. Dieser Zweckgesichtspunkt findet seinen Niederschlag im wesentlichen in drei Arten von Entscheidungen, nämlich

1. in denjenigen, die unmittelbar durch eine sachgemäße Auslegung der fraglichen Rechtsnormen der StPO die Voraussetzungen für eine richtige Sachentscheidung schaffen wollen
2. in denjenigen, die darauf gerichtet sind, daß die Sachentscheidung von dem mit der Sache am besten vertrauten Richter gefällt wird
3. in denjenigen, die einer möglichst umfassenden und genauen Wahrheitserforschung im Prozeß dienen, also besonders die Herbeiführung möglichst wahrheitsgemäßer Zeugenaussagen im Auge haben; denn je mehr man einer Zeugenaussagevertrauen kann, umso mehr wird die Aufklärung einer Straftat gefördert und eine umso größere Sicherheit besteht für eine richtige Sachentscheidung.

1.) Als Beispiele sollen zunächst die Entscheidungen angeführt werden, die der ersten der drei eben genannten Unterarten angehören.

In 5,5 ff entscheidet der BGH zu den §§ 268, II; 275; 353 StPO folgendermaßen: "Besteht nach dem Inhalt der mündlich verkündeten Urteilsgründe kein vernünftiger Zweifel, daß das OLG beschlossen hat, der Revision stattzugeben, während die verkündete Urteilsformel auf Verwerfung des Rechtsmittels lautet, so ist die Berichtigung der

Urteilsformel durch Beschluß gemäß den verkündeten Urteilsgründen zulässig."

In den Gründen sagt der BGH, daß die Berichtigung nur bei ganz offenkundigen Versehen unter den vom BGH dann näher bezeichneten Voraussetzungen möglich ist; denn in einem solchen Fall wäre es nicht erträglich und dem Ansehen der Gerichte schädlich, wenn das OLG, gegen dessen Urteil es keine Revision mehr gibt, an einen so offensichtlichen Irrtum gebunden wäre. Ein offenkundiges Verkündungsversehen sei nämlich nicht Rechtsanwendung.

Diese Entscheidung will also dadurch, daß sie unter ganz bestimmten, fest umrissenen Voraussetzungen eine Durchbrechung der Rechtskraft des Urteils erlaubt, eine richtige und allein gerechte Sachentscheidung herbeiführen. Dieses Urteil entspricht allein der Vernunft, auch wenn es im Gesetz keine Grundlage hat.

Ebenso verhält es sich mit dem Urteil 9,302 ff ebenfalls zu § 268, II StPO, indem der BGH sagt: "Kann das Urteil wegen des Umfangs der Beratung nicht am vierten Tag verkündet werden, so darf dies noch innerhalb der Zehntagefrist von § 229 StPO geschehen."

In den Gründen heißt es u.a., daß § 268, II StPO nur eine Ordnungsvorschrift sei; denn es könne nicht Sinn des Gesetzes sein, ein Verfahren anzuordnen, daß bei umfangreichen Strafsachen versage. Es genüge, wenn das Gericht unmittelbar nach den Schlußvorträgen mit der Beratung beginne und das Urteil alsbald nach der Beratung innerhalb der Frist von § 229 StPO verkünde. Damit genüge es dem Gesetz.

Während sich für die zuvor besprochene Entscheidung überhaupt kein Anhaltspunkt im Gesetz fand, springt der BGH hier ziemlich großzügig mit § 268, II StPO um, um das von ihm gewünschte Ergebnis zu erreichen und den mit der Entscheidung beabsichtigten Zweck zu verwirklichen. Er be-

steht darin, durch eine Verlängerung der Viertagefrist von § 268, II StPO dem Gericht die Möglichkeit zu geben, bei umfangreichen Sachen eine eingehende und gründliche Beratung des Beweisergebnisses durchführen und so zu möglichst richtigen Sachentscheidungen kommen zu können. Bei einer in die Viertagefrist gepressten und damit oft zu kurzen Beratung müßten notwendigerweise häufig irgendwelche Gesichtspunkte außer acht gelassen werden, was die Gewißheit eines richtigen Urteils verringern würde. So vernünftig also das Ergebnis ist, zu dem der BGH kommt, so läßt es sich doch mit dem Wortlaut von § 268, II, 1 StPO kaum vereinbaren; denn ein unbefangener Leser ist eher geneigt, § 268, II, 1 StPO als zwingende Rechtsnorm aufzufassen und nicht als bloße Sollvorschrift, wie der BGH es tut. Für die Annahme des BGH, daß es sich nur um eine Ordnungsvorschrift handle, findet sich im Gesetz kein Anhaltspunkt. Sie scheint vielmehr, wie schon gesagt, eindeutig von dem mit der Entscheidung verfolgten Zweck diktiert zu sein.

Schließlich sei noch auf das Urteil 5,106 ff verwiesen, indem der BGH, ebenfalls um eine möglichst richtige Entscheidung herbeizuführen, urteilt, daß im Strafverfahren wegen Verletzung einer gesetzlichen Unterhaltspflicht der Strafrichter nicht an eine rechtskräftige Verurteilung des Angeklagten zur Unterhaltszahlung gebunden ist, da im Zivilprozeß das Recht weitgehend der Verfügung der Parteien unterliege, während im Strafprozeß die objektive Wahrheit erforscht werden müsse.

Auch der Beschluß 15,203 ff zu § 346 StPO ist eindeutig von dem Bestreben getragen, eine allein richtige Entscheidung nicht an Formalien der StPO scheitern zu lassen. Das ausschlaggebende Motiv für diese Entscheidung waren demnach Billigkeitserwägungen, wie der BGH in dem Beschluß 16,115 ff zu § 346 StPO, in dem er von dieser Entscheidung ab-

rückt, ausdrücklich betont. An einem Vergleich dieser beiden Beschlüsse wird demnach besonders gut der große Einfluß von Zweckmäßigkeits- oder Billigkeitserwägungen auf die Rechtsprechung des BGH sichtbar. Daran zeigt sich aber auch, daß der BGH vielfach die Erwägungen, die ihn in Wahrheit bei einer Entscheidung leiteten, hinter angeblich aus dem Gesetz sich ergebenden Begründungen zu verbergen sucht.

Auch mit den Urteilen 16,111 ff zu §§ 169 GVG; 244, II StPO und 17,188 ff zu § 329 StPO will der BGH einer besseren Wahrheitserforschung dienen, wie er in den Gründen selbst betont.

2.) Als nächstes sollen zwei Entscheidungen angeführt werden, die den Zweck haben, den der Sache am nächsten stehenden Richter mit der Aburteilung zu betrauen.

In 12,218 f entscheidet der BGH: "Zur Entscheidung über den Antrag nach § 473, I, 2 StPO ist das Landgericht zuständig, falls die Revision zurückgenommen wird, bevor die Akten beim Revisionsgericht vorgelegt wurden." In den Gründen führt er u.a. aus, daß mangels einer anderen gesetzlichen Regelung das Verfahren beim erstinstanzlichen Gericht noch so lange anhängig bleibe, als die Akten nicht dem Revisionsgericht vorgelegt seien. Diese Ansicht habe den Vorzug, daß, solange die Sache noch nicht beim Revisionsgericht anhängig sei, der mit der Sachlage am besten vertraute Tatrichter zur Entscheidung berufen sei.

Wie man sieht, betont in dieser Entscheidung der BGH ausdrücklich, daß er sich zur Ausfüllung der von ihm festgestellten Gesetzeslücke von dem teleologischen Gesichtspunkt, den mit der Sache am besten vertrauten Tatrichter mit der Entscheidung zu betrauen, leiten ließ. Damit ver-

folgt er letztlich den Zweck, auf prozessualen Gebiet eine Voraussetzung für eine möglichst richtige Sachentscheidung zu schaffen.

Denselben Zweck dient das Urteil 12,399 ff zu § 153, II StPO. In dieser Entscheidung sagt der BGH, daß über die Zustimmung zur Einstellung des Verfahrens gemäß § 153, II StPO das Gericht zu entscheiden hat, das für das Hauptverfahren zuständig wäre.

Zur Begründung beruft er sich auf einen Vergleich der früheren mit der jetzigen Rechtslage, indem er feststellt, daß § 153 StPO geschaffen worden sei, als für die Aburteilung aller Vergehen der Amtsrichter zuständig gewesen sei, und daher auch in § 153, II StPO vom Amtsrichter gesprochen worden sei; denn hätte man vom zuständigen Richter gesprochen, so wäre das auch der Amtsrichter gewesen. Daß § 153 StPO dann im Laufe der Zeit nicht geändert worden sei, lasse nur darauf schließen, daß der Gesetzgeber als selbstverständlich angenommen habe, daß man auch weiterhin unter Amtsrichter den zuständigen Richter verstehen würde.

In diesem Fall ergänzt der BGH nicht das Gesetz, sondern entscheidet gegen den für einen unbefangenen Leser ganz klar und eindeutig erscheinenden Wortlaut des Gesetzes. Er begründet diese Entscheidung zwar nach außen hin aus § 153 StPO selbst i.V.m. der seit der Schaffung des § 153 StPO fortgeschrittenen Rechtsentwicklung, doch ist diese Begründung alles andere als zwingend; denn es ließe sich mit demselben Recht argumentieren, daß der Gesetzgeber gerade dadurch, daß er § 153, II StPO nicht änderte, obwohl in- zwischen der Amtsrichter nicht mehr zur Aburteilung aller Vergehen zuständig war, ausdrücken wollte, daß zur Entscheidung nach § 153, II StPO auch weiterhin der Amtsrichter zuständig sein sollte. An diesem Urteil kann man sehr gut sehen, daß sich mit Worten trefflich streiten läßt, d.h. im konkreten Fall, daß der BGH versucht mit einer angeblich aus dem Gesetz entnommenen, blutleeren und

nichtssagenden Scheinbegründung den wahren Grund der Entscheidung zu verdecken. Doch auf diese Art der Begründung soll weiter unten noch näher eingegangen werden. Hier sei nur festgestellt, daß der BGH mit diesem Urteil in Wahrheit den Zweck verfolgte, dem Gericht die Entscheidung nach § 153, II StPO anzuvertrauen, das zur Aburteilung von Vergehen der in Frage stehenden Art allgemein zuständig ist; denn nur dieses Gericht ist aufgrund seiner Erfahrung mit ähnlichen Fällen in der Lage zu beurteilen, ob die Schuld des Täters im konkreten Einzelfall gering ist. Auch mit dieser Entscheidung will also der BGH eine prozessuale Voraussetzung für ein möglichst richtiges Urteil schaffen, wenn auch im Gegensatz zur vorhergehenden Entscheidung nicht in dem Sinn, daß der gerade der konkreten, zur Entscheidung anstehenden Strafsache am nächsten stehende Richter über sie urteilen soll, sondern insofern, als das generell für derartige Strafsachen zuständige und daher mit ihnen am besten vertraute Gericht zur Fällung der Entscheidung berufen wird.

3.) Als dritte Unterart innerhalb dieser Gruppe der sich auf das Strafverfahren beziehenden Zweckmäßigkeitserwägungen sind diejenigen Urteile und Beschlüsse zu nennen, die eine bessere Wahrheitserforschung im Rahmen des Strafverfahrens im Auge haben, wobei sie sich hauptsächlich mit den Zeugenaussagen befassen.

Innerhalb der Entscheidungen, die sich auf die Zeugenaussagen beziehen, lassen sich wieder zwei Untergruppen unterscheiden, nämlich

1. diejenigen, die durch eine entsprechende Auslegung der Vorschriften über die Eidesdelikte, also der §§ 154 ff StGB die Zeugen zur Wahrheit anzuhalten versuchen

2. diejenigen, die durch eine sachgemäße Auslegung der Vorschriften über die Vereidigung oder Nichtvereidigung von Zeugen, also der §§ 59 ff StPO den Gerichten die Würdigung der Zeugenaussagen im Hinblick auf ihren Wahrheitsgehalt erleichtern wollen.

Dies geschieht dadurch, daß sie eine großzügigere Nichtvereidigung zulassen oder aber eine Vereidigung vorschreiben; denn eine unter Eid gemachte Aussage hat von vornherein einen viel größeren Beweiswert als eine uneidliche Aussage. Müßte also in manchen Fällen eine Vereidigung der Zeugen gemäß § 59 StPO unbedingt erfolgen, so wäre es für das erkennende Gericht viel schwieriger, eine solche Aussage in der Beweiswürdigung zu widerlegen oder zumindest außer acht zu lassen als eine unbeeidigte Aussage, obwohl es vielleicht trotz des Eides von ihrer Richtigkeit gar nicht so sehr überzeugt ist. Es ist daher zweckmäßig, die Anwendung von § 61 StPO auszudehnen und damit dem Ermessensspielraum des Gerichts für eine Vereidigung oder Nichtvereidigung zu erweitern, da dadurch eine unbefangene und bessere Beweiswürdigung durch das Gericht erreicht wird, was letzten Endes der Wahrheitserforschung und damit der Richtigkeit der Sachentscheidung zugute kommt. Andererseits kann es aber auch vorteilhaft sein, die Pflicht zur Nichtvereidigung nach § 60 StPO einzuengen, um durch eine Vereidigung einen entsprechenden Druck auf die Zeugen ausüben und sie dadurch zur Wahrheitsangabe anhalten zu können, und außerdem dem Gericht die Möglichkeit zu geben, der Aussage ein größeres Gewicht im Rahmen der Beweiswürdigung beizulegen. Einige Entscheidungen sollen das eben Gesagte veranschaulichen, und zwar zunächst solche, die sich mit der Auslegung der §§ 59 ff StPO befassen.

In 4,202 ff und 5,85 ff entscheidet der BGH zu § 61, Ziff 2 StPO, daß unter "Verletzter" im Sinne dieser Bestimmung auch ein nur mittelbar durch die Straftat des Angeklagten Verletzter zu verstehen ist. Im Tenor der ersten Entscheidung heißt es: "Ist der Geschäftsführer einer GmbH wegen Untreue angeklagt, so sind die Gesellschafter Verletzte im Sinn von § 61, Ziff 2 StPO." Der Tenor der zweiten Entscheidung lautet: "Verletzter im Sinn von § 61 Ziff 2 StPO ist jeder, der durch eine unrichtige Zeugenaussage des Angeklagten Nachteile erlitten hat."

Beide Entscheidungen begründet der BGH in annähernd gleicher Weise, nämlich damit, daß der entscheidende Grund der Nichtvereidigung des Verletzten der sei, daß er gegen den Angeklagten voreingenommen sein könne. Diese Gefahr bestehe aber bei einem nur mittelbar Geschädigten ebenso oder mehr als bei einem unmittelbar Geschädigten. § 61 Ziff 2 StPO sei daher weit auszulegen, damit nicht Personen, die gegen den Beschuldigten voreingenommen sind, Einfluß auf die Sachgestaltung gewinnen, zumal das Gericht einen Zeugen, obwohl es ihn als Verletzten bezeichnet, doch vereidigen könne, also einen weiten Ermessensspielraum habe.

Man sieht an dieser Begründung, daß die sehr weite Auslegung des Begriffs "Verletzter" im § 61 Ziff 2 StPO von dem bereits oben genannten Zweck getragen ist, dem erkennen- den Gericht die Möglichkeit zu geben, in den Fällen, in denen die Aussage eines auch nur mittelbar Verletzten als befangen und voreingenommen gegenüber dem Angeklagten erscheint, von der Vereidigung absehen zu können und dadurch zu verhindern, daß derartige Aussagen unter dem Gewicht des Eides einen maßgebenden Einfluß auf die Beweiswürdigung erhalten und so womöglich die Sachentscheidung verfälschen.

Denselben Zweck verfolgt auch das Urteil 6,382 ff zu § 60, Ziff 3 StPO, sowie das Urteil 17,248 ff zu § 61,

Ziff 2 StPO, das den Begriff des Verletzten noch mehr ausweitet.

Im Gegensatz zu den eben besprochenen Urteilen steht die Entscheidung 4,368 ff ebenfalls zu § 60, Ziff 3 StPO, auch wenn sie im Endeffekt denselben Zweck verfolgt, wie jene, allerdings auf eine ganz andere Weise. In ihr sagt der BGH, daß ein Zeuge, der einer Begünstigung nach § 257 StGB schuldig oder verdächtig ist, nur dann nicht vereidigt werden darf, wenn er durch diese Begünstigung an der Tat in derselben Richtung mitgewirkt hat wie der Beschuldigte. Das sei nicht der Fall, wenn er eine Vorstellung über die Vortat hatte, die von der Wirklichkeit in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht völlig abweicht.

Zur Begründung beruft sich der BGH auf den Sinn von § 60, Ziff 3 StPO, dessen Vereidigungsverbot auf der Erwägung beruhe, daß ein an der Straftat beteiligter Zeuge nicht die nötige Unbefangenheit besitze. Daher liege eine Beteiligung im Sinn von § 60, Ziff 3 StPO abweichend vom materiellen Strafrecht nur vor, wenn der Zeuge in derselben Richtung an der Tat mitgewirkt habe, wie der Beschuldigte, wobei es entscheidend nicht auf den wirklichen äußeren Vorgang, sondern auf die Vorstellungen des Zeugen ankomme, da nur dessen Vorstellungen seine Befangenheit begründeten.

Der BGH entscheidet also hier gegen den ausdrücklichen Wortlaut des Gesetzes und den im materiellen Strafrecht festumrissenen und klar ausgeprägten Begriff der Begünstigung, wie er selbst in den Gründen sagt. Das zeigt, daß er zu dieser Auslegung von § 60, Ziff 3 StPO nur infolge des Einflusses von Zweckmäßigkeitserwägungen gekommen ist; und zwar verfolgte er mit dieser Entscheidung ebenfalls den Zweck, die Wahrheitserforschung im Prozeß zu fördern, allerdings mit einem ganz anderen Mittel wie in den drei zuvor zitierten Urteilen. Während er nämlich in diesen die Möglichkeit der Nichtvereidigung ausweitet,

schränkt er hier die Pflicht zur Nichtvereidigung ein, erweitert also damit die grundsätzliche Verpflichtung zur Vereidigung gemäß § 59 StPO, um damit der Zeugenaussage ein größeres Gewicht im Rahmen der Beweiswürdigung zu geben. Obwohl sich also der BGH zur Frage der Vereidigung von Zeugen in beiden Fällen in genau entgegengesetztem Sinn äußert, will er doch damit dem einen Zweck dienen, den Gerichten eine möglichst sachgemäße Beweiswürdigung zu ermöglichen und damit die Wahrheitsfindung zu erleichtern. Gleichzeitig will die zuletzt genannte Entscheidung durch die Verpflichtung zur Vereidigung einen Druck auf die Zeugen ausüben, um sie zu einer richtigen, wahrheitsgemäßen Aussage anzuhalten.

Auch das Urteil 13,252 ff dient der Wahrheitsforschung im Strafverfahren durch eine entsprechende Auslegung von § 68 a StPO.

Die beiden letzten Urteile leiten über zu den Entscheidungen, die durch eine entsprechende Auslegung der §§ 154 ff StGB die Zeugen zur Wahrheitsangabe anhalten wollen.

Als Beispiel sei zunächst auf 7,147 ff verwiesen, wo der BGH zu § 154 StGB entscheidet, daß Gegenstand des Eides der äußere Sachverhalt ist, auf den sich die Aussage bezieht, nicht das Wissen des Schwörenden. Obwohl der BGH in den Gründen im wesentlichen nur sagt, daß die Gegenmeinung nicht aus dem Wortlaut der Eidesformel "nach bestem Wissen" zu schwören gefolgert werden könne, und daß es außerdem nicht Recht sein könne, daß etwas objektiv Richtiges durch einen falschen Eid bekräftigt wird, wie es nach der Gegenmeinung vorkommen könne, ist der wahre Zweck der Entscheidung der, zu verhindern, daß jeder Zeuge sich auf sein Wissen hinausredet; denn damit wäre die Bestrafung eines Zeugen wegen Meineids fast unmöglich. Falsche Aussagen stünde also Tür und Tor

offen. Das würde aber die Wahrheitsermittlung durch Zeugenaussagen äußerst erschweren, was der BGH mit der von ihm vorgenommenen Auslegung verhindern will.

In dieselbe Richtung zielen die Entscheidungen 5,269 ff und 7,2 ff, in denen der BGH die Anwendbarkeit von § 157 StGB einengt. So sagt er in dem ersten Urteil, daß § 157 StGB einem Täter dann nicht zugute komme, wenn er geltend macht, er habe den Meineid geleistet, um die Gefahr einer gerichtlichen Bestrafung wegen der zunächst uneidlich erstatteten, aber den Gegenstand des Eides bildenden falschen Aussage von sich abzuwenden. In dem zweiten Urteil heißt es: "§ 157 StGB ist auf diejenigen nicht anwendbar, der als Zeuge die Unwahrheit gesagt hat, um dadurch den, zu dessen Gunsten er falsch aussagt, von einer Anzeige gegen ihn wegen einer anderen Straftat zurückzuhalten."

Der BGH bringt zwar in den Urteilsgründen ganz andere Argumente, teils rein formalistischer Art, für die Entscheidungen vor, jedoch verfolgt er ersichtlich auch mit diesen Entscheidungen den Zweck, durch die Einengung der Anwendbarkeit von § 157 StGB den Zeugen die Erlangung von Straffreiheit oder -milderung nicht allzu leicht zu machen und sie dadurch zu wahrheitsgetreuen Aussagen anzuhalten, was wiederum der besseren Aufklärung von Straftaten und damit einer richtigeren Sachentscheidung zugute kommt.

Schließlich sei noch auf 4,172 ff verwiesen, wo es heißt: "§ 158 StGB ist auch auf eine versuchte vorsätzliche uneidliche Falschaussage anwendbar, wenn nicht schon § 46 StGB zur Straffreiheit führt."

Dieses Urteil dürfte zwar in erster Linie von Billigkeits-erwägungen zugunsten des Angeklagten getragen sein; denn wie der BGH in den Gründen selbst sagt, kommt § 158 StGB schon einem Täter, der eine vollendete falsche Aussage

berichtigt, zugute, muß also erst recht für einen Täter gelten, der die Straftat nur versucht hat. Wenn also solche Billigkeitsgesichtspunkte diese Entscheidung wohl überwiegend beeinflußt haben, so war daneben sicher auch Zweck dieses Urteils, einen Täter, der nur versuchte falsch auszusagen, durch Aussicht auf Straffreiheit oder -milderung zur Wahrheitsangabe anzuhalten und damit die leichtere und bessere Aufklärung von Straftaten zu fördern. Daß auch dieser Zweckgesichtspunkt die Entscheidung maßgebend beeinflußt hat, wird noch deutlicher, wenn man das eben besprochene Urteil mit den beiden zuvor zu § 157 StGB zitierten Entscheidungen vergleicht. Man erkennt nämlich dann die Folgerichtigkeit der Rechtsprechung des BGH im Hinblick auf diesen Zweck. Er versucht, die Anwendbarkeit von § 157 StGB deshalb einzuengen, weil § 157 StGB Straffreiheit oder -milderung gewährt, ohne daß eine Berichtigung der Aussage durch den Zeugen vorgehen muß, also ohne daß etwas für die Wahrheitsermittlung gewonnen wäre. § 158 StGB dagegen dehnt der BGH aus, weil dort die Straffreiheit oder -milderung an eine vorherige Berichtigung der Zeugenaussage geknüpft ist, also eine Ausdehnung von § 158 StGB die Zeugen zur Berichtigung anhalten soll, wodurch der Wahrheitsfindung ein großer Dienst erwiesen ist. Wenn man diese Folgerichtigkeit der Rechtsprechung des BGH zu diesem Punkt betrachtet, so zeigt sich, daß für die zuletzt genannten Entscheidungen neben Billigkeitserwägungen zugunsten des Angeklagten auch der Gedanke der Wahrheitserforschung ~~auch~~ eine maßgebende Rolle spielte.

Neben den zuletzt besprochenen Entscheidungen, die sich alle unmittelbar mit Zeugenaussagen befaßten und in dieser Hinsicht die Wahrheitsfindung durch die Gerichte erleichtern wollten, werden nun noch einige Entscheidungen besprochen, die auf andere Weise der Aufklärung des dem

erkennenden Gericht zur Aburteilung vorliegenden Sachverhalts dienen.

In 2,99 ff sagt der BGH zu § 252 StPO: "Macht ein Zeuge erst in der Hauptverhandlung von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch, so darf über den Inhalt einer Aussage, die er bei einer früheren richterlichen Vernehmung nach Hinweis auf sein Zeugnisverweigerungsrecht gemacht hat, durch Vernehmung des Richters Beweis erhoben werden. Die Vernehmung anderer Verhörspersonen über den Inhalt früherer nichtrichterlicher Aussagen ist unzulässig."

In den Gründen spricht der BGH zunächst davon, daß in § 252 StPO nicht nur ein Verlesungs-, sondern allgemein ein Verwertungsverbot ausgesprochen sei. Dann engt er dieses zunächst von ihm durch erweiternde Auslegung von § 252 StPO gewonnene Verwertungsverbot in obigem Sinn wieder ein und begründet das damit, daß ein Zeuge, der in Kenntnis seines Zeugnisverweigerungsrechtes vor einem Richter aussagt, sich freiwillig zugunsten der Wahrheitsermittlung entscheide, und sein späterer Widerruf keine rückwirkende Kraft habe. Die Begründung, die der BGH für diese Entscheidung gibt, und die Grenze, die er zwischen Verwertungsverbot und Wahrheitsermittlung zieht, ist nicht zwingend. Er läßt dabei den Wortlaut des Gesetzes völlig außer acht, um zu dem von ihm gewünschten Ergebnis zu kommen. Man hätte mit ebenso guten Gründen eine andere Auslegung von § 252 StPO finden können. Dieses Urteil ist also, soweit es das Verwertungsverbot von § 252 StPO einschränkt ganz eindeutig von dem Gedanken der Wahrheitsermittlung getragen. Der diesem Zweck entgegenstehende Gesichtspunkt, nämlich den Zeugen vor einem Gewissenskonflikt, der durch die freie Verwertung seiner früheren Aussage verursacht wird, zu bewahren, ist in dieser Entscheidung ebenfalls berücksichtigt, indem der BGH feststellt, § 252 StPO enthalte grundsätzlich ein allge-

meines Verwertungsverbot.

Eine Ergänzung zu dieser Entscheidung enthält das ebenfalls von der Erwägung der Wahrheitsermittlung getragene Urteil 17,324 ff zu §§ 52; 252 StPO.

Im Anschluß an diese Entscheidung müssen auch die Urteile 14,21 ff zu §§ 244, III; 52; 81 c StPO und 16,204 ff zu § 261 StPO; 17,245 ff zu §§ 252; 55 StPO; 17,337 ff zu §§ 251, I, Ziff. 2 u.a. StPO; und 18,374 ff zu §§ 244, II; 246 a StPO genannt werden, die ebenfalls klar vom Zweck der besseren Wahrheitserforschung getragen sind.

Ebenso eindeutig ist die Entscheidung 4,364 ff zu § 274 StPO von dem Zweck bestimmt, durch eine bessere Aufklärung des zur Aburteilung anstehenden Sachverhalts eine richtigere Entscheidung zu ermöglichen. Im Tenor dieses Urteils heißt es: "Erklärt eine der beiden Urkundspersonen nachträglich, daß das Protokoll in einem Punkte unrichtig sei, so kommt dem Protokoll die sich aus § 274 StPO ergebende Beweiswirkung für diesen Punkt nicht zu. An die Stelle der in § 274 StPO bestimmten Beweisregel tritt insoweit freie Beweiswürdigung."

In den Gründen führt der BGH u.a. aus, daß falls die Unterschrift einer der Urkundspersonen fehle, dem Protokoll die sich aus § 274 StPO ergebende Beweiswirkung nicht zukomme. Entsprechend sei der obige Fall zu behandeln. Wenn nämlich eine Urkundsperson vom Inhalt des Protokolls hinsichtlich eines bestimmten Vorgangs abricke, dann werde dieser Teil des Protokolls von der Unterschrift dieser Person nicht mehr gedeckt, was einem Fehlen der Unterschrift gleichstehe. § 274, S. 2 StPO stehe dieser Auffassung nicht entgegen. Es handle sich nämlich hier nicht um einen Beweis gegen die Richtigkeit des Protokolls, sondern um den durch die nachträgliche

dienstliche Äußerung einer der beiden Urkundspersonen herbeigeführten Wegfall der Voraussetzungen für die Anwendbarkeit der Beweisregel des § 274 StPO.

Der BGH beseitigt also in dieser Entscheidung eine der wenigen festen Beweisregeln unseres Verfahrensrechts, um das Gericht nicht wider jede Vernunft und bessere Einsicht zu zwingen, seiner Entscheidung einen Sachverhalt zugrunde legen zu müssen, der offensichtlich nicht richtig ist, was womöglich zu einem ganz falschen Urteil führen würde. Der Zweck dieser Entscheidung steht also eindeutig fest, und das Ergebnis, zu dem die vom BGH vorgenommene Auslegung des § 274 StPO führt, ist durchaus begrüßenswert und erwünscht. Die Begründung dagegen, die der BGH für diese Entscheidung gibt, fordert zu Kritik heraus. Sie erschöpft sich nämlich in einem äußerst spitzfindigen Spiel mit Worten, hinter dem kein wirkliches sachliches Argument steht, und kann daher in keiner Weise überzeugen. Es wäre besser und überzeugender gewesen, wenn der BGH den wahren Zweck der Entscheidung offen ausgesprochen hätte, anstatt zu versuchen, ihn mit solchen formalistischen Wortspielereien zu verdecken. Die Argumentation des BGH ändert nämlich nichts daran, daß es sich in obigem Fall für einen vernünftigen Leser dieses Urteils eben doch um einen nach § 274, 2 StPO an sich nicht zulässigen Beweis gegen die Richtigkeit des Protokolls handelt; denn es besteht gerade beim Protokoll, dessen Gültigkeit kraft Gesetzes in ganz besonderem Maße von äußeren Formalien abhängt, doch ein erheblicher Unterschied, ob die Unterschrift einer Urkundsperson, also eine für die in § 274, 1 StPO festgelegte Beweiswirkung des Protokolls unbedingt nötige Formalie, fehlt, also § 274, 1 StPO gar nicht anwendbar ist, oder ob sie vorhanden ist, was automatisch zu den in § 274 StPO festgelegten Folgen führt, diese Folgen dann aber nachträglich durch anderslautende Aussagen der Urkundspersonen beseitigt werden sollen. Man sieht an dieser Entscheidung

besonders klar, daß der BGH selbst in den Bereichen des Verfahrensrechts die vom Gesetzgeber bewußt stark formalistisch ausgestaltet sind, in denen also an sich für teleologische Erwägungen kein Raum ist, den von ihm verfolgten Zwecken mit Hilfe ebenso formalistischer Argumente, die in Wirklichkeit auf eine völlige Außerachtlassung des Gesetzes hinauslaufen, Eingang in seine Rechtsprechung und damit in das gesamte Rechtsleben verschafft.

Auch die bereits zitierte Entscheidung 12,240 f ¹⁾ muß hier nochmals erwähnt werden. In ihr sagt der BGH, daß die Einwilligung zur körperlichen Untersuchung nach § 81 c, I StPO vom gesetzlichen Vertreter eines Kindes erteilt werden darf, falls dieses noch nicht die nötige geistige Reife für das Verständnis seines Weigerungsrechtes besitzt. Der BGH will also die Aufklärung des Sachverhalts der Straftat dadurch erleichtern, daß er eine körperliche Untersuchung ohne längere Verzögerung ermöglicht, während andererseits, wenn man warten wollte, bis das Kind selbst die Einwilligung geben kann, oft eine zu lange Zeit bis zur Untersuchung verstreichen würde und insoweit eine Aufklärung der Straftat häufig nicht mehr möglich wäre.

Die folgende Entscheidung dient, wenn auch in etwas anderer Art als die zuletzt genannten Urteile, ebenfalls der Wahrheitsfindung im Prozeß und damit einer richtigeren Sachentscheidung. In 9,20 ff sagt nämlich der BGH zu den §§ 138 StPO; 91 und 114 StGB, daß ein Rechtsanwalt als Verteidiger auszuschließen ist, wenn er in dem anhängigen Verfahren auf das Gericht in einer die Voraussetzungen der §§ 91 und 114 StGB erfüllenden Weise einwirkt, da bei einem solchen Rechtsanwalt in hohem Maße damit zu rechnen sei, daß er sich in Zukunft der Wahr-

1) vgl. oben S. 9 f

heitserforschung hindernd in den Weg stellen werde.

Für dieses Urteil findet sich im Gesetz überhaupt kein Anhaltspunkt; diese Gesetzeslücke wurde vielmehr vom BGH in freier, allein vom Zweckdenken bestimmter Rechtsfortbildung ausgefüllt. Er sagt dabei selbst ausdrücklich, daß er sich in dieser Entscheidung vom Zweck der Wahrheitsfindung leiten ließ.

Von derselben Erwägung wie diese Entscheidung ist auch der Beschluß 15,326 ff zu §§ 138; 146 StPO; 1 BRAO getragen.

In entferntem Sinn gehört schließlich zu dieser Unterart der sich auf die Durchführung des Strafverfahrens beziehenden Zweckmäßigkeitseinscheidungen noch das Urteil 3,386 ff zu § 338, Ziff 6 StPO: "Fordert der Vorsitzende einen Zuhörer zum Verlassen des Verhandlungssaales auf, weil gegen ihn aufgrund derselben Vorgänge, die Gegenstand der Hauptverhandlung sind ein Ermittlungsverfahren wegen Verdachts der Hehlerei schwebt, und kommt der Zuhörer dieser Aufforderung widerspruchslos nach, so liegt darin keine Verletzung der Vorschriften über die Öffentlichkeit des Verfahrens."

Zur Begründung verweist der BGH darauf, daß in den §§ 170 bis 175 und 177 GVG der obige Sachverhalt zwar nicht als Grund für den Ausschluß der Öffentlichkeit enthalten sei, daß diese Vorschriften aber diese Gründe auch nicht erschöpfend aufzählten. Bei der obigen Sachlage müsse daher der Grundsatz der Geheimhaltung, der im Ermittlungsverfahren gelte, den Vorrang vor dem Grundsatz der Öffentlichkeit des Verfahrens haben, da andernfalls das Ermittlungsverfahren stark gefährdet würde.

Auch in diesem Fall entscheidet sich also der BGH aus Gründen der Aufklärung einer Straftat gegen den klaren Wortlaut des Gesetzes. Diese Entscheidung hat daher einen inneren Zusammenhang mit den zuvor zitierten, auch wenn

sie sich nicht auf die Wahrheitsfindung im Rahmen des Strafverfahrens, sondern der Vorstufe dazu, nämlich des Ermittlungsverfahrens bezieht. Sie mußte also auch an dieser Stelle erwähnt werden.

Dasselbe gilt auch noch von der Entscheidung 4,144 ff zu § 142 StGB, in der der BGH ausspricht, daß § 142 StGB den Verkehrsteilnehmer dazu verpflichtet, die Feststellungen am Unfallort abzuwarten und zwar auch dann, wenn am Unfallort zunächst keine Personen anwesend sind, die zu den Feststellungen bereit und fähig sind und mit dem alsbaldigen Erscheinen solcher Personen auch nicht zu rechnen ist.

Diese Entscheidung dient auf einer noch früheren Stufe des Verfahrens als die zuvor besprochene der besseren Aufklärung einer Straftat und damit der Sachentscheidung, auch wenn § 142 StGB in erster Linie die Möglichkeit sichern soll, Feststellungen für einen eventuell später nachfolgenden Zivilprozeß zwischen den Unfallbeteiligten zu treffen. Diese Entscheidung legt eine grundsätzliche Wartepflicht für die Unfallbeteiligten fest, um wie der BGH in den Gründen selbst sagt, vor allem auch die Feststellung der Art ihrer Beteiligung zu sichern, und ihnen nicht die Möglichkeit zu geben, sich häufig darauf hinauszureden, es seien keine anderen Personen anwesend gewesen oder sie hätten diese nicht bemerkt.

Von einem ähnlichen Gedanken, der ebenfalls die bessere Wahrheitsermittlung im Auge hat, sind auch die Beschlüsse 14,89 ff und 18,114 ff zu § 142 StGB getragen, ebenso das Urteil 14,213 ff (217 f), das eine bedenkliche Ausweitung des § 142 StGB um der Wahrheitsermittlung willen enthält.

Auch die Entscheidungen 15,1 ff zu §§ 142; 59 StGB; 16, 139 ff und 17,143 ff zu § 142 StGB müssen hier noch genannt werden.

Die Entscheidungen 5,75 ff und 17,236 ff zu § 257 StGB sind ebenfalls von der Erwägung getragen, die Aufklärung einer Straftat nicht zu erschweren und dadurch der Wahrheitsermittlung zu dienen.

Endlich muß auch noch das Urteil 14,30 ff (37) zu § 353, II StPO hier genannt werden. Es ist u.a. ebenfalls von dem Zweck bestimmt, die Wahrheitsermittlung nicht zu beeinträchtigen.

III. Eine dritte, sehr bedeutende Gruppe innerhalb der sich auf das Strafverfahren beziehenden Zweckmäßigkeitserwägungen ist der Gesichtspunkt der Rechtssicherheit. Die Entscheidungen, die von dieser Erwägung getragen sind, verfolgen den Zweck, allgemein oder zu irgendeiner bestimmten Rechtsfrage eine möglichst gleichmäßige Rechtsprechung herbeizuführen. Man kann dabei unterscheiden zwischen den Entscheidungen, die unmittelbar durch eine dementsprechende Auslegung strafprozessualer Normen darauf bedacht sind, die Rechtssicherheit zu fördern, und solchen Urteilen und Beschlüssen, die nur mittelbar der Gleichmäßigkeit der Rechtsprechung und damit der Rechtssicherheit dienen, indem sie streitige Rechtsfragen klar und verbindlich lösen, also eine möglichst eindeutige Ab- und Umgrenzung umstrittener Rechtsvorschriften vornehmen. Durch solche Entscheidungen stellt also der BGH Richtlinien für die Rechtsprechung der Instanzgerichte zu bestimmten Rechtsproblemen auf, an die sich diese im allgemeinen auch halten, wenn sie auch nicht dazu verpflichtet sind, so daß eine einheitliche Rechtsprechung zu diesen Rechtsfragen erreicht wird. Nun stellt allerdings der BGH im Grunde genommen fast mit jeder Entscheidung solche Richtlinien auf; denn zumindest jede veröffentlichte Entscheidung des BGH wird von den Instanzgerichten aufmerksam registriert und bewirkt, daß

diese ihre Rechtsprechung danach ausrichten. Nur in den seltensten Fällen weicht einmal ein Instanzgericht von der Rechtsauffassung des BGH ab oder bildet sich gar eine geschlossene Front der unteren Gerichte gegenüber dem BGH; denn bei solchen Entscheidungen müssen die Instanzgerichte mit ziemlicher Sicherheit damit rechnen, daß ihre Urteile vom BGH im Revisionsverfahren aufgehoben werden. Da also aus dem eben dargelegten Grund bei- nahe jede Entscheidung des BGH zur Gleichmäßigkeit der gesamten Rechtsprechung beiträgt, ist man geneigt, zu sagen, daß somit fast alle Urteile oder Beschlüsse des BGH von dem Gesichtspunkt der Gleichmäßigkeit der Rechtsprechung und damit der Rechtssicherheit beeinflusst sind und daß es daher müßig ist, diesen Gesichtspunkt als einen unter mehreren anderen für die Rechtsprechung des BGH bedeutsamen Zweck herauszustellen; denn man müßte dann in etwa jede Entscheidung des BGH als Bei- spiel dafür anführen. Es könnte daher höchstens sinn- voll sein, die Rechtssicherheit als obersten, alle Entscheidungen des BGH umfassenden Grundsatz anzuführen. Eine solche Argumentation stimmt jedoch nicht ganz. Wenn es auch eine der Hauptaufgaben des BGH ist, als oberstes Gericht die Einheitlichkeit und Gleichmäßigkeit der Rechtsprechung zu wahren, er also bei seinen Entschei- dungen an sich immer das Erfordernis der Rechtssicher- heit im Auge haben müßte, so sieht die Praxis doch etwas anders aus. In der weitaus überwiegenden Zahl der Fälle erreicht der BGH nämlich dieses Ziel sozusagen unbewußt, gleichsam als notwendig mit seinen Entscheidungen ver- bundenen Nebenerfolg; denn allein schon die Tatsache, daß sich der BGH zu irgendeinem Rechtsproblem in irgend- einer Weise geäußert hat, wirkt aus dem oben genannten Grund vereinheitlichend auf die Rechtsprechung der In- stanzgerichte. Mit anderen Worten, in den allerwenigsten Fällen hat der BGH bei der Fällung einer Entscheidung den Zweck, die Rechtssicherheit zu wahren und zu fördern

ausdrücklich in Auge, sondern verfolgt mit seinen Urteilen oder Beschlüssen meistens ganz andere, konkrete Absichten. Hier in diesem Kapitel soll aber nur von den Entscheidungen die Rede sein, in denen der BGH als konkreten Hauptzweck die Wahrung der Rechtssicherheit verfolgt, in denen er also die Auslegung eines Gesetzes in einer bestimmten Richtung allein oder doch überwiegend aus Gründen der Rechtssicherheit vornimmt. Daraus ergibt sich auch die Berechtigung, den Gesichtspunkt der Rechtssicherheit als eine Unterart der sich auf das Strafverfahren beziehenden Zweckmäßigkeitserwägungen gesondert zu betrachten. Die Entscheidungen, die nun als Beispiele zitiert werden, werden zeigen, daß hinsichtlich des Gesichtspunkts der Rechtssicherheit zwischen ihnen und den Entscheidungen, die nur gleichsam inzident als Nebeneffekt die Rechtssicherheit fördern, ein erheblicher Unterschied besteht, die die gesonderte Betrachtung der nun folgenden Entscheidungen rechtfertigt.

1.) Zunächst seien einige Entscheidungen genannt, die durch eine sachgemäße Auslegung strafprozessualer Normen unmittelbar die Rechtssicherheit fördern wollen.

An erster Stelle ist die Entscheidung 12,232 ff zu § 64, III GVG zu nennen, in der der BGH sagt: "Eine unvorschriftsmäßige Besetzung des Präsidiums des Landgerichts aufgrund einer falschen, aber vertretbaren Auslegung des § 64, III GVG macht dessen Beschlüsse nicht ungültig."

In den Gründen zu diesem Urteil führt er u.a. aus, daß nach dem Sinn von § 64, III GVG die drei von der Gesamtheit der Landgerichtsmitglieder gewählten Mitglieder des Präsidiums nur Landgerichtsräte sein dürften. Seien Landgerichtsdirektoren dazu gewählt, so seien die Beschlüsse des Präsidiums trotzdem wirksam, da der Sinn von § 64, III GVG

nicht eindeutig zu erkennen sei. Wären nämlich die Beschlüsse ungültig, so würde die geordnete Rechtspflege schwer gestört und die Rechtssicherheit erheblich beeinträchtigt werden. Es könnte geradezu eine Rechtsverwirrung eintreten. Das Rechtsleben könne aber so weitgehende Folgen nur wegen eines rechtlichen Zweifels unmöglich auf sich nehmen.

Wie diese Gründe zeigen, sagt der BGH ausdrücklich, daß er sich bei dieser Entscheidung vom Gesichtspunkt der Rechtssicherheit hat leiten lassen. Ohne einen Anhaltspunkt im Gesetz zu haben, engt er erst § 64, III GVG in obigem Sinn ein, um aber dann gleichzeitig die logische Folge dieser von ihm vorgenommenen Auslegung des § 64, III GVG, nämlich die Ungültigkeit der Beschlüsse des Landgerichtspräsidiums, wieder zu verhindern; denn wären die Beschlüsse ungültig, wäre damit auch die Besetzung der einzelnen Strafkammern nicht ordnungsgemäß erfolgt, was zur Aufhebung sämtlicher noch nicht rechtskräftiger Urteile im Revisionsverfahren führen würde. Das könnte in der Tat zu einer großen Rechtsunsicherheit führen. Diese Entscheidung zeigt wieder sehr deutlich, wie der BGH in schöpferischer freier Rechtsfortbildung Zweckmäßigkeitserwägungen, hier dem Gedanken der Rechtssicherheit, Raum in seiner Rechtsprechung gibt.

Ein weiteres, auf die Wahrung der Rechtssicherheit bedachtes Urteil, das sich ebenfalls wie das vorhergehende, mit der ordnungsgemäßen Besetzung der Strafkammern befaßt, ist die Entscheidung 2,71 ff zu §§ 62, I; 65, I GVG: "Die Strafkammer ist nicht vorschriftsmäßig besetzt, wenn der zum Vorsitzenden bestellte Direktor infolge anderweitiger Belastung keinen wesentlichen Einfluß auf die Rechtsprechung und den Geschäftsgang der Kammer ausüben kann. Das ist insbesondere der Fall, wenn er von 8 - 9 Sitzungen im Monat nur eine Sitzung wahrnimmt und die Verteilung der Geschäfte sowie die Bestimmung der Termine

seinem Vertreter überläßt."

In den Gründen heißt es u.a.: "Sinn und Zweck des Gesetzes ist es, daß der Vorsitz in den Kammern solchen Richtern anvertraut wird, die vermöge ihrer besonderen Auswahl die Güte und Einheitlichkeit der Rechtsprechung der Kammer in besonderem Maße gewährleisten. Der Direktor muß also wenigstens einen richtungsgebenden Einfluß auf die Rechtsprechung der Kammer haben."

Auch dieses Urteil verfolgt nach den eigenen Worten des BGH den Zweck, die Einheitlichkeit der Rechtsprechung einer Strafkammer und damit die Rechtssicherheit zu wahren. Der an sich neutrale Wortlaut der §§ 62, I und 66, I GVG wird hauptsächlich infolge dieser Erwägung in obigem Sinn ausgelegt.

In 7,283 ff entscheidet der BGH zu den §§ 264; 343 StPO, daß der Tatrichter, falls das Urteil auf eine unbeschränkt eingelegte Revision des Angeklagten hin nur im Strafausspruch aufgehoben wird, an den rechtskräftigen Schuldspruch gebunden ist, selbst wenn die erneute Verhandlung zum Strafausspruch ergibt, daß der Angeklagte schuldunfähig war. Auch hier sagt der BGH in den Gründen expressis verbis, daß die Rechtssicherheit diese Entscheidung erfordere. Ob die Rechtssicherheit diese Entscheidung, die als unbillig gegenüber dem Angeklagten erscheint, wirklich so unbedingt erfordert, wie der BGH anzunehmen scheint, ist zumindest sehr zweifelhaft.

Auch die schon an anderer Stelle ¹⁾ zitierte Entscheidung 4,207 ff zu § 121, I, 1 c GVG muß hier nochmals genannt werden. In der Begründung zu diesem Urteil sagt der BGH u.a., daß der Grundgedanke des § 335, III, 1 StPO überall da gelten müsse, wo eine Sache gleichzeitig in zwei Rechtszüge zu geraten drohe. Es würde zu starken Unzuträglichkeiten führen, wenn eine Sache gleichzeitig vor zwei verschiedenen Revisionsgerichten anhängig sein könnte.

1) vgl. oben S.13

Wie die Begründung zeigt, ist auch diese Entscheidung außer von dem Zweck der Vereinfachung des Verfahrens ersichtlich vom Gesichtspunkt der Rechtssicherheit bestimmt. Und zwar gilt das hier in ganz besonderem Maße, denn wenn die beiden Revisionsgerichte sich einander widersprechende Entscheidungen fällen würden, könnte nicht einmal mehr mittels eines weiteren Rechtsmittels die Entscheidung eines gemeinsamen Obergerichts herbeigeführt werden. Beide Urteile wären also rechtskräftig, was einen ganz besonders krassen Fall von Rechtsunsicherheit, ja geradezu Rechtsverwirrung darstellen würde.

In dieselbe Richtung zielt endlich noch die ebenfalls schon genannte Entscheidung 8,133 ff zu § 164, VI StGB ¹⁾. Hier führt der BGH in den Gründen aus, daß es Zweck des § 164, VI StGB sei, widersprechende Entscheidungen über denselben Sachverhalt möglichst auszuschließen. Auch dieses Urteil dient also dadurch der Rechtssicherheit.

Auch der bereits genannte Beschluß 13,202 ff ²⁾ wird u.a. von dem Gedanken der Rechtssicherheit getragen, wie der BGH in den Gründen selbst betont, da er verhindern will, daß ein nach dem Ordnungswidrigkeitengesetz abgeschlossenes Verfahren ohne zeitliche Beschränkung später wieder als Strafverfahren aufgenommen werden kann.

Schließlich gehören in diesen Zusammenhang auch noch die Urteile 14,316 ff zu §§ 67; 68 StGB; 419, II AO; 17,94 ff zu §§ 44; 349 StPO und 17,14 ff zu §§ 136 a; 302 StPO.

Dieses zuletzt genannte Urteil versucht einen gerechten Ausgleich zwischen dem Gebot der Rechtssicherheit und dem

1) vgl. oben S. 14

2) vgl. oben S. 11

der Gerechtigkeit für die Frage der Anfechtbarkeit von Rechtsmittelerklärungen zu finden.

Auch in dem Beschluß 18,274 ff zu §§ 67 StGB; 261 StPO nimmt der BGH eine Abwägung zwischen dem Erfordernis der Gerechtigkeit und dem der Rechtssicherheit vor und entscheidet sich für die Rechtssicherheit.

Die Wahrung der Rechtseinheit und damit ebenfalls der Rechtssicherheit durch eine entsprechende Ausgestaltung des Strafverfahrens hat die Entscheidung 13,46 ff zu § 120, III GVG im Auge. Allerdings weicht der BGH von dieser Entscheidung kurze Zeit danach mit seinem Beschluß 13,149 ff zu § 121, II GVG wieder ab, auch wenn er selbst eine Abweichung verneint. Daran wird besonders gut sichtbar, daß diese Beschlüsse allein auf wechselnden Zweckmäßigkeitserwägungen beruhen und nicht klar und eindeutig aus dem Gesetz hervorgehen.

Im Anschluß an die Entscheidung 13,46 ff muß auch noch auf die Beschlüsse 17,50 ff (53) zu § 120, III GVG und 17,205 ff zu § 121, II GVG hingewiesen werden. Auch sie sind u.a. von dem Ziel der Rechtseinheit und damit der Rechtssicherheit beherrscht.

2.) Die nächste Gruppe innerhalb der Entscheidungen, die auf die Wahrung der Rechtssicherheit gerichtet sind, bilden diejenigen, die durch eine klare Abgrenzung von Rechtsnormen die Einheitlichkeit der Rechtsprechung und damit die Rechtssicherheit fördern wollen.

In 1,298 ff entscheidet der BGH zu den §§ 22, Ziff 1; 338, Ziff 2 StPO, daß verletzt im Sinne von § 22, Ziff 1 StPO nur eine Person ist, die durch die abzuurteilende Tat unmittelbar betroffen ist. Dies ist bei dem Prokuristen

einer geschädigten GmbH auch dann nicht der Fall, wenn er Anteil am Gewinn hat.

In den Gründen heißt es u.a., daß obige Auslegung des § 22, Ziff 1 StPO ständige Rechtsprechung des Reichsgerichts gewesen sei. Daran sei festzuhalten, da eine Einbeziehung des nur mittelbar Verletzten jede zuverlässige Begrenzung unmöglich machen würde..

Die Auslegung, die der BGH dem § 22, Ziff 1 StPO hier gibt, ist also nach seinen eigenen Worten vom Zweck getragen eine klare Abgrenzung des § 22, Ziff 1 StPO zu finden, also der Rechtssicherheit zu dienen. Bemerkenswert ist ein Vergleich dieser Entscheidung mit den schon früher zitierten Urteilen 4,202 ff und 5,85 ff zu § 61, Ziff 2 StPO ¹⁾, wobei vor allem das erste Urteil einen der obigen Entscheidung ganz ähnlichen Fall betrifft. Sowohl § 22, Ziff 1 als auch § 61, Ziff 2 StPO regeln im Grunde genommen denselben Fall, nämlich einer Person, die vom Angeklagten durch die zur Aburteilung anstehende Tat verletzt worden ist, also eventuell Vorurteile gegen ihn hegt, die Mitwirkung am Strafverfahren und damit ihre Einflußnahme auf die Sachentscheidung zu verwehren oder zumindest in ihrer Bedeutung abzuschwächen. Obwohl man also annehmen sollte, daß beide Vorschriften in gleicher Weise ausgelegt werden müßten, kommt der BGH doch zu diametral entgegengesetzten Ergebnissen. Das zeigt ganz besonders deutlich, wie das an sich neutrale Wort "Verletzter" unter dem Einfluß von Zweckmäßigkeitserwägungen verschiedener Art einen sehr unterschiedlichen Begriffsinhalt erhält, wie also der BGH bei seiner Gesetzesauslegung sehr oft den Wortlaut ganz außer Acht läßt und nur den Erfordernissen und Zwecken des Einzelfalles Rechnung trägt und dann das von ihm gewünschte Ergebnis durch eine mehr oder weniger gute Begründung mit dem Gesetz verbindet.

1) vgl. oben S. 32

Auch in 11,130 ff befaßt sich der BGH mit der Abgrenzung einer strafprozessualen Norm, indem er sagt: "Der Begriff der strafbaren Handlung in § 3 StPO ist in Sinn des sachlichen Strafrechts, nicht im Sinn der Tat nach § 264 StPO zu verstehen."

Zur Begründung beruft sich der BGH zunächst auf den Wortlaut von § 3 StPO. Außerdem sei der Begriff der Tat nach § 264 StPO nicht genügend scharf umrissen. Da es sich aber in § 3 StPO darum handle, wer gesetzlicher Richter sei, müsse die Rechtslage so klar und eindeutig sein, wie die praktischen Bedürfnisse der Strafrechtspflege es irgend zuließen. Es wäre allzu bedenklich, für die Entscheidung dieser Frage den unklaren Begriff der Tat anzuwenden.

Der BGH begnügt sich also nicht mit dem Hinweis auf den Wortlaut von § 3 StPO, der an sich zur Begründung dieses Urteils ausreichen würde, sondern untermauert den Wortlaut noch durch den Hinweis auf den Gesichtspunkt der Rechtssicherheit und den damit verbundenen rechtsstaatlichen Grundsatz des gesetzlichen Richters. Er sieht sich zu diesem, den Wortlaut von § 3 StPO ergänzenden Hinweis wohl dadurch veranlaßt, daß er im allgemeinen betont, die Begriffe der StPO seien mit denen des StGB nicht identisch, sondern nach den besonderen Erfordernissen des Strafverfahrens auszulegen, während er in diesem Fall im Gegensatz dazu gerade auf das materielle Strafrecht verweist. Auch hier sei wieder zum Vergleich auf die bereits zitierte Entscheidung 4,368 ff zu § 60, Ziff 3 StPO ¹⁾ hingewiesen, in der der BGH aus Gründen einer besseren Wahrheitserforschung im Prozeß vom materiell-rechtlichen Begriff der Begünstigung abweicht. Dieses Beispiel zeigt ebenfalls wieder sehr klar, daß sich der BGH oft selbst in solchen Fällen, in denen er sich an den eindeutigen Wortlaut des Gesetzes zu halten scheint, in Wirklichkeit allein von

1) vgl. oben S.33 f

teleologischen Erwägungen leiten läßt und nur zur äußeren Begründung auf das Gesetz verweist.

Das Urteil 14,83 ff zu § 64 GVG will ebenfalls eine sichere Auslegung und Anwendung von § 64, III GVG erreichen, um Zufälligkeiten in der Besetzung des Landgerichtspräsidiums und damit Rechtsunsicherheit zu vermeiden.

Auch im materiellen Strafrecht sind einige Gesetzesauslegungen des BGH eindeutig und allein vom Zweck getragen, die Rechtssicherheit zu wahren. So entscheidet der BGH in 5,40 ff, daß ein Kind im Sinne von § 170 d StGB nur eine Person unter 14 Jahren ist.

In der Begründung heißt es nach einem Hinweis auf die Entstehungsgeschichte von § 170 d StGB und auf einen Vergleich dieser Rechtsnorm mit den §§ 223 b; 361, Ziff 6 a und b und 139 b StGB, daß ohne die obige, einschränkende Auslegung auch die Schwierigkeit entstehen würde, wie die Abgrenzung vorgenommen werden sollte. Eine gleichmäßige Behandlung der beschuldigten Personen wäre nicht mehr gewährleistet, was der Rechtssicherheit abträglich wäre. Eine solche Folge wäre mit der rechtsstaatlichen Forderung nach Bestimmtheit der Straftatbestände kaum vereinbar.

Diese Begründung nennt ausdrücklich den eigentlichen Zweck der Entscheidung, nämlich die Wahrung der Rechtssicherheit, den allerdings der BGH nach bewährter Methode mit dem Hinweis auf die Entstehungsgeschichte des § 170 d StGB und die oben genannten anderen Strafvorschriften zu bemänteln versucht. Im Gesetz selbst findet sich für diese Auslegung kein Anhaltspunkt. Außerdem kann auch ein älteres als 14-jähriges Kind in der in § 170 d StGB genannten Weise gefährdet werden, was vor allem für das sittliche Wohl gilt. Denn gerade in diesem Alter bedürfen Kinder einer besonders sorgfältigen Erziehung und Aufsichtigung. Es läge also durchaus im Bereich des Gesetzes,

den § 170 d StGB auch bei älteren als 14-jährigen Kindern anzuwenden. Doch stellt der BGH die Rechtssicherheit, die zweifellos bei einer weiteren Ausdehnung von § 170 d StGB schwieriger zu wahren wäre, über die eben genannten Überlegungen.

Auch die beiden Entscheidungen 1,235 ff und 2,258 ff müssen an dieser Stelle genannt werden. In ihnen sagt der BGH, daß im Falle der Kindstötung oder der Tötung auf Verlangen § 213 StGB nicht anwendbar ist.

In beiden Fällen führt er zur Begründung aus, daß die §§ 217 und 216 StGB Sondertatbestände gegenüber den §§ 211 und 212 StGB seien, also § 213 StGB nicht anwendbar sei. In der zweiten Entscheidung führt er dann weiter aus, daß falls man § 216 StGB als Milderung der §§ 212 oder 211 StGB ansehen wollte, die Schwierigkeit entstünde, ob der Täter aus § 211 oder aus § 216 StGB zu bestrafen wäre, falls die Tatbestandsmerkmale beider Vorschriften vorlägen. Die §§ 211 und 216 seien nämlich schwer miteinander zu vereinbaren.

Auch bei der zuerst genannten Entscheidung haben wohl solche Gedankengänge mitgespielt, auch wenn sie in den Gründen nicht ausdrücklich erwähnt werden. Mit diesen beiden Urteilen will der BGH ebenfalls eine eindeutige und klare Abgrenzung der §§ 216 und 217 StGB von den §§ 211 bis 213 StGB schaffen und damit verhindern, daß ähnliche Sachverhalte u.U. einmal nach § 216 oder 217, ein andermal nach § 211 abgeurteilt werden. Die Begründung, die der BGH für diese Urteile gibt, erscheint allerdings reichlich willkürlich und außerdem unlogisch und daher wenig Überzeugend. Warum nämlich die §§ 216 und 217 StGB Sondertatbestände gegenüber den §§ 211 bis 213 StGB sein sollen, dafür gibt der BGH keinen Grund an, und es ist auch kein Überzeugender Grund dafür zu erkennen. Lediglich im Fall des § 216 StGB beruft er sich auf die ständige Rechtsprechung des Reichsgerichts, doch ist das keine aus-

reichende Begründung. Die Trennung, die der BGH zwischen den §§ 216 und 217 einerseits und den §§ 211 bis 213 StGB andererseits vornimmt, erscheint also als ziemlich gewaltsam. Er will dadurch die von ihm aufgezeigten Schwierigkeiten bei der Rechtsanwendung vermeiden, falls die Voraussetzungen des § 211 StGB mit denen der §§ 216 oder 217 StGB zusammentreffen. Doch darin liegt der logische Fehler, der dem BGH dabei unterlaufen ist; denn auch wenn § 217 oder 216 StGB als Sondertatbestand angesehen wird, so können trotzdem Fälle auftreten, in denen die Tötung auf Verlangen oder die Kindstötung unter den erschwerenden Voraussetzungen des § 211 StGB erfolgt, so daß sich trotz der Trennung der §§ 216 und 217 StGB von den §§ 211 ff StGB aus dem materiellen Recht die Frage ergibt, welche Vorschrift denn nun den Vorrang hat. Indem der BGH sagt, bei Vorliegen der Voraussetzungen von § 216 oder 217 StGB haben die §§ 211 ff StGB sozusagen einfach wegzufallen, löst er das Problem nicht, sondern verschließt die Augen davor und führt ein rein auf formalistischen Scheingründen beruhendes Ergebnis herbei. Diese Lösung befriedigt in keiner Weise und läßt außerdem auch die Problematik der Idealkonkurrenz außer acht. Diese Problematik ergibt sich, wenn man die §§ 211 ff und 216 und 217 StGB trennt, da damit das Problem der Vereinbarkeit der §§ 211 ff mit den §§ 216 und 217 StGB nur vom Bereich des Gesetzeskonkurrenz auf den der Idealkonkurrenz verschoben wird, was aber der BGH offensichtlich gar nicht sieht oder nicht sehen will. Diese beiden Entscheidungen lassen also sehr gut erkennen, wie unter dem Einfluß einer teleologischen Erwägung, hier des Gesichtspunkts der Rechtssicherheit, zur Erreichung des gewünschten Ergebnisses das Gesetz zurechtgebogen wird, und welche große Bedeutung diese Erwägungen für die Rechtsprechung des BGH haben.

Endlich ist zum Gesichtspunkt der Rechtssicherheit

noch das Urteil 11,139 ff zu § 211 StGB zu erwähnen. Hier entscheidet der BGH, daß der bloße Umstand, daß der Täter in entschuldbarer heftiger Gemütsbewegung handelt "heimtückisches Töten" nicht ausschließt.

In den Gründen heißt es u.a.: "Ist einer der in § 211, II StGB abschließend als besonders verwerflich bezeichneten Tatbestände erfüllt, so hat der Richter nicht noch zu prüfen, ob die Tat ihrem Gesamtbild nach besonders verwerflich ist. Sonst würde die Rechtsprechung in Mord-sachen zu unsicher und ungleichmäßig werden. Ein allgemeines Werturteil wie z.B. die Verwerflichkeit einer Tat, das ganz verschieden ausfallen kann, ist für die Rechtsprechung kein brauchbares Kennzeichen."

Wie diese Gründe zeigen, will dieses Urteil ersichtlich bewirken, daß die Beurteilung, ob Mord vorliegt, an rein objektive Merkmale der Tat und nicht an die schwer zu beurteilende subjektive Einstellung des Täters geknüpft wird, und dadurch ungleiche Beurteilungen gleichartiger Sachverhalte vermieden werden, was zweifellos zur Rechtssicherheit beiträgt.

Schließlich seien in diesem Rahmen auch noch die Urteile 9,370 ff zu §§ 48; 49 StGB; 13,260 ff zu § 174, Ziff 2 StGB und 13,345 ff (351) zu § 154 StGB erwähnt, weiter der Beschluß 16,160 ff (164) zu §§ 34, IV StVO; 35 a, III, 2 StVZO.

3.) Wenn man nun die im letzten Abschnitt zitierten Entscheidungen des BGH zusammenfassend betrachtet und etwa mit den zuvor genannten Entscheidungen vergleicht so erkennt man deutlich, daß die zuletzt besprochenen Urteile und Beschlüsse in ganz besonderem Maße den Zweck haben, die Rechtssicherheit zu wahren und sich eindeutig von den anderen Entscheidungen, die ja in ganz entfernter Weise aus den oben bereits dargelegten Gründen ¹⁾

1) vgl. oben S. 43 ff

ebenfalls der Rechtssicherheit dienen, abheben, also ihre Behandlung in einem gesonderten Abschnitt durchaus zu Recht erfolgt.

Wie ebenfalls aus den einzelnen innerhalb dieses Abschnitts besprochenen Entscheidungen zu ersehen ist, weist dieser Teil der Untersuchung über den größeren Rahmen, in den er gestellt ist, hinaus. Zwar gehört auch dieser Abschnitt zu dem umfassenderen Kapitel, das sich mit Zweckmäßigkeitserwägungen befaßt, die sich auf das Strafverfahren beziehen. Dies gilt aber für den Gesichtspunkt der Rechtssicherheit nur zum Teil. Während nämlich die meisten der zuletzt genannten Urteile und Beschlüsse die Rechtssicherheit dadurch fördern wollen, daß sie eine entsprechende Ausgestaltung des Strafverfahrens im weitesten Sinn vornehmen, also in das Kapitel der sich auf die Durchführung des Strafverfahrens beziehenden Entscheidungen gehören, befassen sich die letzten in diesem Abschnitt genannten Urteile mit der Auslegung materieller Strafvorschriften, gehören also grundsätzlich nicht hierher. Trotzdem wurden sie hier angeführt, um eine einheitliche Darstellung aller Entscheidungen, die die Wahrung der Rechtssicherheit im Auge haben zu ermöglichen.

IV. Als letzte Gruppe innerhalb der von Zweckmäßigkeitserwägungen getragenen Entscheidungen, die sich auf die Durchführung des Strafverfahrens beziehen, sind diejenigen zu nennen, die die Wahrung der rechtsstaatlichen Prinzipien unseres Strafverfahrens im Auge haben. Es erscheint zunächst etwas merkwürdig, daß es überhaupt Entscheidungen gibt, die sich ausdrücklich dieses Ziel gesetzt haben; denn die Rechtsstaatlichkeit ist das oberste Prinzip unseres gesamten Verfahrensrechts, an dem also auch die gesetzlichen Vorschriften ausgerichtet sind. Man würde also meinen, daß jede Entscheidung ganz von selbst diesen Grundsatz verwirklicht, da ja jedes Urteil auf der Anwendung

eines Gesetzes auf einen konkreten Lebenssachverhalt beruht, also mit der Anwendung des Gesetzes das Prinzip der Rechtsstaatlichkeit automatisch Eingang in das Urteil findet. Das trifft auch tatsächlich in den meisten Fällen zu. Doch gelang es dem Gesetzgeber nicht immer, dieses oberste Prinzip, das zwar sozusagen als Leitidee das gesamte Strafverfahrensrecht durchzieht, auch wirklich in jeder Gesetzesbestimmung konkret zum Ausdruck zu bringen. Daher müssen die Gerichte und insbesondere der BGH als oberstes Gericht diesem Grundsatz dort zum Durchbruch verhelfen, wo die vorhandenen Rechtsvorschriften dieses Prinzip nur unklar ausdrücken oder gar dagegen stehen. Aus diesen Überlegungen wird nun auch verständlich, daß es Entscheidungen geben kann, die ausdrücklich die Wahrung der Rechtsstaatlichkeit bezwecken. Einige Urteile und Beschlüsse sollen wieder als Beispiele dienen. Es handelt sich dabei fast ausschließlich um Fälle, in denen der BGH den Zweck verfolgt, durch eine entsprechende Handhabung der im konkreten Fall in Frage kommenden Gesetze dem Angeklagten ein ihm zustehendes Recht oder doch zumindest eine für ihn vorteilhafte Rechtsposition zu erhalten oder zu gewähren. Das ist auch ganz verständlich, da das Wesen der Rechtsstaatlichkeit gerade darin besteht, die Staatsbürger im Strafverfahren also den Angeklagten, vor unrechtmäßigen Übergriffen der staatlichen Organe, hier also des Gerichts, zu schützen und ihm die Rechte zu gewähren auf die er in einem Rechtsstaat Anspruch hat. Die Entscheidungen, die die Wahrung der Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens bezwecken, müssen also in der Regel die Verwirklichung von Rechten oder zumindest Rechtspositionen des Angeklagten im Auge haben.

1.) Eines der wichtigsten Rechte des Angeklagten ist sein Anspruch auf rechtliches Gehör.

Diesen Anspruch will die Entscheidung 12,370 ff zu

§§ 233; 329 StPO sichern, indem es dort heißt: "Ein, Verteidiger, der keine Vertretungsvollmacht besitzt, ist nicht befugt, die Entbindung des Angeklagten von der Verpflichtung zum Erscheinen in der Hauptverhandlung zu beantragen."

In den Gründen führt der BGH aus, daß zwar im allgemeinen in allen Fällen, in denen in der StPO von einem Antrag des Angeklagten gesprochen wird, auch der Verteidiger als selbständiger Rechtsbeistand den fraglichen Antrag stellen könne. In § 233 StPO könne ihn aber nur der Angeklagte persönlich oder der Verteidiger aufgrund einer ihm vom Angeklagten erteilten Vollmacht stellen, da dieser Antrag eine Entscheidung von großer sachlicher Tragweite herbeiführe; denn obwohl dem Angeklagten das Recht verbleibe, auch nach Entbindung von der Erscheinspflicht doch in der Hauptverhandlung zu erscheinen, werde durch eine Entbindung letzten Endes seine Rechtsstellung doch gemindert, da er das Recht des unmittelbaren rechtlichen Gehörs preisgebe.

Wie diese Begründung zeigt, will der BGH mit der vorliegenden Entscheidung die Beachtung eines der wichtigsten rechtsstaatlichen Grundsätze, nämlich des Anspruchs des Angeklagten auf rechtliches Gehör, durchsetzen.

Dasselbe gilt von dem Urteil 13,123 ff zu Art. 103, I GG; §§ 136; 243 StPO, in dem der BGH eine bloß formale Gewährung des rechtlichen Gehörs, die in Wirklichkeit gar keine ist, nicht genügen läßt.

Auch das Urteil 17,28 ff zu §§ 245; 431, III; 258 StPO ist hier noch zu nennen.

2.) Die Entscheidungen 7,205 ff zu § 67 GVG und 11,54 ff zu § 48 GVG, sowie das bereits genannte Urteil 2,71 ff zu §§ 62, I; 66, I GVG ¹⁾ bezwecken, das in Art. 101, I, 2 GG

1) vgl. oben S. 46 f

festgelegte Recht des Angeklagten auf den gesetzlichen Richter auch wirklich in den konkreten, zur Entscheidung vorliegenden Fällen durchzusetzen. Auch das ist ein eminent wichtiges rechtsstaatliches Prinzip unseres Verfahrensrechts. So äußert sich der BGH zur Frage der Bestellung eines zeitweiligen Vertreters durch den Landgerichtspräsidenten gemäß § 67 GVG in den Gründen des zuerst genannten Urteils folgendermaßen: "Eine Anordnung nach § 67 GVG ist nur möglich, wenn der Landgerichtspräsident nach seinem pflichtgemäßen Ermessen die tatsächlichen Voraussetzungen des § 67 GVG als gegeben ansieht, und das in jedem Einzelfall prüft. Das hat er im konkreten, dem BGH zur Entscheidung vorliegenden Fall nicht getan, sondern, da Vertretungen wegen Unterbesetzung des Landgerichts sehr häufig angeordnet werden mußten, einfach die Vertretungen nach § 67 GVG bestimmt, so wie es ihm gerade am zweckmäßigsten erschien, ohne zu prüfen, ob im Einzelfall die Voraussetzungen von § 67 GVG vorlagen. Dieses Verfahren kann zu einer völlig willkürlichen Besetzung der einzelnen Kammern durch den Landgerichtspräsidenten führen, was aber den rechtsstaatlichen Prinzipien des GVG widerspricht." In diesem Urteil wird also der Wortlaut von § 67 GVG, der an sich bei großzügiger Handhabung das in diesem Fall vom Landgerichtspräsidenten praktizierte Verfahren zur Regelung der Vertretungen noch decken würde, sehr eng und streng ausgelegt, um Mißbräuche im Rahmen von § 67 GVG von vornherein zu verhindern und so dem Angeklagten den gesetzlichen Richter zukommen zu lassen.

Denselben Zweck verfolgt der BGH mit der oben ¹⁾ schon genannten Entscheidung 11,54 ff, in der er sagt: "Außerordentliche Sitzungen im Sinn von § 48 GVG sind nur solche, die zusätzlich zu ordentlichen Sitzungen, nicht an ihrer Stelle abgehalten werden."

1) vgl. oben S. 58

Dieses Urteil hat ersichtlich den Zweck, zu verhindern, daß durch entsprechende Terminänderungen und durch die Ersetzung ordentlicher durch außerordentliche Sitzungen die bei Jahresbeginn für eine ordentliche Sitzung bestellten Schöffen durch neu für die einzelne außerordentliche Sitzung ausgeloste Schöffen ersetzt und so die an sich zuständigen Schöffen vom Richteramt ausgeschlossen werden. Auf diese Weise wäre nämlich unlauteren Manipulationen Tür und Tor geöffnet, und es wäre eine Leichtigkeit, aus irgendwelchen Gründen dem Angeklagten seine gesetzlichen Richter vorzuenthalten.

Auch die bereits besprochene Entscheidung ¹⁾ 2,71 ff zu §§ 62, I; 66, I GVG muß in diesem Rahmen nochmals genannt werden, wenn sie auch in erster Linie der Rechtssicherheit dient und nur in entfernter Weise den Zweck verfolgt, das Recht des Angeklagten auf den gesetzlichen Richter zu verwirklichen. Doch gehört auch der Direktor als Vorsitzender der Strafkammer zum gesetzlichen Gericht; und wenn er infolge anderweitiger Beanspruchung fast keinen Einfluß auf die Rechtsprechung seiner Kammer nimmt, sondern das seinem Vertreter überläßt, so liegt darin auch ein Verstoß gegen diesen rechtsstaatlichen Grundsatz, da auch in diesem Fall die an sich gesetzlich zulässige Vertretung zur Regel wird und damit nicht mehr vom Gesetz gedeckt ist.

Die Auslegung von § 42, I, 2 JGG in dem Beschluß 13,209 ff ist ebenfalls unter anderem von dem Bestreben getragen, dem Angeklagten den gesetzlichen Richter zu sichern, ebenso die Entscheidungen 14,11 ff (17 f) zu § 24 GVG; 15,107 ff zu §§ 45; 48; 60; 63; 77; GVG; 33; 35; 41 JGG; 15,116 ff zu §§ 16; 63 GVG; Art. 101, I, 2 GG; 15,217 ff (221) zu § 201 GVG; 16,391 ff zu §§ 12, II; 13, I StPO; 18, 176 ff zu §§ 62; 78 GVG; 18,386 ff zu §§ 338, Ziff 1 StPO; 66, II GVG. :

1) vgl. oben S. 46 f

Schließlich gehört auch die Entscheidung 18,51 ff zu § 338, Ziff 1 StPO noch in entfernter Weise in diesen Zusammenhang. Sie befaßt sich mit der ordnungsgemäßen Besetzung des Gerichts und will diese insofern sicherstellen, als danach ein blinder Richter dann nicht an der Hauptverhandlung teilnehmen darf, wenn in ihr ein Augenschein oder ein ihm vergleichbares Hilfsmittel zur Wahrheitserforschung verwendet wird. Auch damit soll dem Angeklagten letztlich sein Recht auf den gesetzlichen Richter gesichert werden.

3.) Die folgenden Entscheidungen haben den Zweck, dem Angeklagten die Wahrnehmung seines Rechts auf Verteidigung und der daraus folgenden Vergünstigung, einen Verteidiger als Rechtsbeistand erhalten zu können, zu sichern oder zu erleichtern. Ein rechtsstaatlicher Grundsatz unseres Verfahrensrechts ist zwar nur das Recht des Angeklagten auf Verteidigung überhaupt. Es ist in gewisser Weise eine Ausprägung des Anspruchs des Angeklagten auf rechtliches Gehör. Die nähere Ausgestaltung des Rechts auf Verteidigung steht dagegen nicht unter dem Diktat der Rechtsstaatlichkeit, sofern es nicht durch eine entsprechende Ausgestaltung praktisch wieder beseitigt oder doch unzumutbar eingeschränkt wird. Die Zulassung eines Verteidigers, die in unserem Strafverfahrensrecht niedergelegt ist, folgt also nicht unbedingt aus dem das Strafverfahren beherrschenden Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit, sondern ist eine dem Angeklagten vom Gesetzgeber ohne zwingende Verpflichtung gewährte Vergünstigung. Da sie aber unmittelbar ihren Ursprung im Recht auf Verteidigung hat und daher mit diesem aufs engste verknüpft ist, also in entfernter Weise doch vom Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit, zumindest im deutschen Strafverfahrensrecht, mit umfaßt wird, sollen hier auch die Entscheidungen besprochen werden, die dem Angeklagten die Zuziehung eines Verteidigers erleichtern wollen.

Zunächst seien zwei Entscheidungen genannt, die dem Angeklagten eine wirksame Verteidigung ermöglichen wollen, also unmittelbar das Recht auf Verteidigung im Auge haben.

In 2,85 ff entscheidet der BGH zu § 265, II StPO: "Wenn der Eröffnungsbeschluß die dem Angeklagten zur Last gelegten Straftaten nicht als Voraussetzung für die Anordnung eines Berufsverbots kennzeichnet, so muß der Angeklagte in der Hauptverhandlung auf diese Möglichkeit hingewiesen werden."

In den Gründen heißt es u.a.: "Der Wortlaut von § 265, II StPO läßt die Annahme zu, daß damit Umstände tatsächlicher Art gemeint sind. Daraus könnte gefolgert werden, daß der Hinweis unterbleiben kann, wenn schon der Eröffnungsbeschluß die Tatsachen enthält, aus denen der Richter auf die Notwendigkeit der Anordnung einer Maßregel schließt, ohne daß dort diese Tatsachen als Voraussetzung der Anordnung genügend gekennzeichnet sind oder § 42 I StGB angegeben ist. Eine solche Auslegung würde aber dem Zweck von § 265, II StPO nicht gerecht, da dann der Angeklagte mit einer ihn belastenden Entscheidung überrascht werden könnte."

Der Tenor von 2,371 ff zu § 265, I StPO lautet: "Wird der Angeklagte nach § 265, I StPO darauf hingewiesen, daß die Anwendung eines Strafgesetzes möglich ist, das mehrere Begehungsformen nebeneinander enthält, so muß sich aus dem Hinweis ergeben, welche Begehungsform in Betracht kommt. Verändert sich mit dem rechtlichen Gesichtspunkt die Richtung des Vorwurfs, so muß auch das aus dem Hinweis hervorgehen."

In den Gründen führt der BGH u.a. aus, daß das Gesetz zwar nicht ausdrücklich vorschreibe, in welcher Weise der Hinweis zu geschehen habe, daß sich das aber aus dem Zweck von § 265, I StPO ergebe. Der Angeklagte solle danach vor Überraschungen geschützt werden. Dieser Zweck werde nur erreicht, wenn der Hinweis in der obigen Form erfolge.

Beide Entscheidungen verfolgen also denselben Zweck, nämlich dem Angeklagten rechtzeitig die Möglichkeit zu geben, seine Verteidigung auf die veränderte Rechtslage einzustellen und ihn dadurch vor überraschenden Rechtsfolgen zu schützen, was praktisch darauf hinausläuft, ihm überhaupt die Verteidigung zu ermöglichen. Denn eine Verteidigung, die in eine ganz falsche Richtung geht, was ohne einen möglichst genauen Hinweis auf die vom Gericht angenommene Rechtslage der Fall wäre, wäre ebenso wirkungslos, wie wenn der Angeklagte sich überhaupt nicht verteidigen würde und wäre daher einer Nichtverteidigung gleichzusetzen. Obwohl bereits der Wortlaut von § 265 StPO darauf gerichtet ist, das Recht des Angeklagten auf Verteidigung zu wahren, sieht sich der BGH doch noch genötigt, diesen Wortlaut im Sinne des in ihm bereits ausgedrückten Zwecks auszudehnen, da er die vom PGH entschiedenen Fälle nicht klar regelt. Das gilt besonders von der zuerst zitierten Entscheidung. In ihr läßt der BGH, um dem Angeklagten das Recht auf eine wirksame Verteidigung zu sichern, den Wortlaut von § 265, II StPO sogar völlig außer acht, da dieser so zu verstehen ist, wie der BGH in den Gründen zu diesem Urteil selbst sagt, also die von ihm vorgenommene Auslegung von § 265, II StPO nicht trägt.

Auch die Urteile 13,320 ff und 19,88 f wollen dem Angeklagten sein Recht auf Verteidigung durch eine entsprechende Auslegung von § 265, I StPO sichern; ebenso das bereits oben genannte Urteil 16,111 ff zu §§ 169 GVG; 244, II StPO ¹⁾.

Die Entscheidungen 18,288 ff zu §§ 265, II StPO; 42 m StGB und 18,369 ff zu § 147, III und IV StPO sind ebenfalls von dem Zweck bestimmt, dem Angeklagten eine wirksame Verteidigung zu ermöglichen.

1) vgl. oben S.28

Im Anschluß an die eben besprochenen Urteile seien nun die Entscheidungen zitiert, die dem Angeklagten die Vergünstigung der Zuziehung eines Verteidigers sichern wollen.

In 7,381 ff und 8,105 ff modifiziert der BGH § 140, III StPO in der Weise, daß er einen rein förmalen, für die Verteidigung des Angeklagten aber sehr nachteiligen Ablauf der in § 140, III StPO festgelegten Antragsfrist verhindert. So sagt er in der zuerst genannten Entscheidung: "Der eines Verbrechens beschuldigte Angeklagte, der bei Zustellung der Anklageschrift noch keinen Verteidiger gewählt hatte, dies jedoch innerhalb der Antragsfrist tut, kann noch nach Ablauf der Frist die Bestellung eines Pflichtverteidigers beantragen, wenn der Wahlverteidiger später wegfällt. Über dieses Recht ist er durch den Vorsitzenden zu belehren."

Dieses Urteil läßt den Wortlaut von § 140, III StPO völlig außer acht, da es sich auf einen Fall bezieht, der in § 140, III StPO überhaupt nicht behandelt ist, den also der Gesetzgeber gar nicht bedacht hat. Mit dieser Entscheidung füllt der BGH eine Gesetzeslücke aus, da die Gerechtigkeit verlangt, auch in einem solchen Fall dem Angeklagten die Zuziehung eines Verteidigers zu erlauben; denn sonst bliebe der Angeklagte ohne sein Verschulden ohne den Beistand eines Verteidigers. Diese Entscheidung dient daher aus den oben dargelegten Gründen dadurch in entfernter Weise der Rechtsstaatlichkeit, daß sie sogar noch über das gesetzlich vorgeschriebene Maß hinaus eine Rechtsposition des Angeklagten, nämlich sein Recht auf Zuziehung eines Verteidigers, erweitert.

In ähnlicher Weise ist das der Fall in dem Urteil 8,105 ff, in dem der BGH sagt, der schriftliche Hinweis auf sein Recht, binnen einer Woche die Bestellung eines Verteidigers zu beantragen setze für den Angeklagten die Frist des § 140, III StPO nur in Lauf, wenn er erkennen könne, daß sein Antrag innerhalb der Frist bei Gericht ein-

gegangen sein müsse.

In den Gründen führt er aus, die Frist von § 140, III StPO beginne erst zu laufen, wenn der Angeklagte auf sein Antragsrecht so zweifelsfrei hingewiesen worden sei, daß er ohne weiteres erkennen könne, daß die Bestellung eines Verteidigers nur von seinem fristgemäßen Antrag abhängen werde, wobei nicht zweifelhaft bleiben dürfe, daß der Antrag erst gestellt sei, wenn er bei Gericht eingegangen sei.

Diese Entscheidung verhindert also ebenso wie die vorhergehende durch eine vernünftige, nicht bei rein äußeren Formalien stehengebliebene und für den Angeklagten vorteilhafte Auslegung von § 140, III StPO, daß der Angeklagte ohne sein Verschulden seines Antragsrechts aus § 140, III verlustig geht, und dient damit ebenfalls mittelbar der Rechtsstaatlichkeit.

Auch die Entscheidung 3,334 ff gehört hierher. In ihr legt der BGH den Begriff "Haft" in § 140, I, 5 StPO dahin aus, daß darunter nicht nur die Untersuchungshaft in der Sache zu verstehen sei, in der die Beordnung eines Verteidigers beantragt werde, sondern auch die Untersuchungshaft in einer anderen Sache und die Strafhaft.

In der Begründung dieses Urteils beruft sich der BGH nur auf den Wortlaut von § 140, I, 5 StPO und den Zusammenhang, in dem diese Vorschrift steht, und meint darüber hinaus nur, daß keine zwingenden Gegengründe vorhanden seien, die gegen eine solche Auslegung sprächen.

Auch mit diesem Urteil will der BGH das Recht des Beschuldigten auf Zuziehung eines Verteidigers möglichst weit ausdehnen. Ob diese sehr weite Auslegung von § 140, I, 5 StPO allerdings noch - auch nur in ganz entfernter Weise - vom Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit gefordert wird, oder ob sie nicht vielmehr auf reinen Billigkeits-erwägungen zugunsten des Angeklagten beruht, ist zumindest sehr fraglich; denn während der Angeklagte in den beiden zuvor besprochenen Fällen ohne sein Verschulden sein an

sich nach § 140, III StPO bestehendes Antragsrecht ohne die vom BGH vorgenommene Auslegung dieser Bestimmung ver-
loren hätte, ist das hier nicht der Fall. So weicht auch
der BGH selbst in der Entscheidung 4,308 ff zu § 140, I Ziff 5 StPO
von seiner hier vertretenen Auffassung ab und versteht
unter Haft nur die Untersuchungshaft in der anhängigen
Sache, was auch der herrschenden Lehre und der Recht-
sprechung der Oberlandesgerichte entspricht. Das läßt
umso mehr die Vermutung zu, daß es sich bei dem obigen
Urteil um eine reine Billigkeitsentscheidung handelt.
Trotzdem wurde sie hier besprochen, weil sie inhaltlich
immerhin einen ziemlich engen Zusammenhang mit den beiden
vorhergehenden Urteilen hat. Beim Vergleich dieses Urteils
mit den vorhergehenden wird auch sehr gut sichtbar, wie
verschiedene außergesetzliche Gesichtspunkte, die für
eine Entscheidung bestimmend sind, miteinander verbunden
sein können und ihre Grenzen ineinander fließen, so daß
oft nicht mehr klar festgestellt werden kann, welche
außergesetzliche Erwägung dann schließlich die ausschla-
gebende war.

In diesem Zusammenhang sei noch das Urteil 7,69 ff
zu §§ 140, II; 143 StPO genannt, in dem der BGH zugunsten
des Angeklagten die Möglichkeit einschränkt, die Be-
stellung eines Pflichtverteidigers zurückzunehmen.

Auch die zwei nun folgenden Entscheidungen dienen mittel-
bar dem Zweck, dem Angeklagten eine wirksame Verteidigung
zu ermöglichen, indem sie versuchen, den rechtsstaatlichen
Grundsatz zu verwirklichen, daß ein Urteil, sofern es den
Angeklagten in wesentlichen Punkten belastet und noch nicht
rechtskräftig ist, grundsätzlich anfechtbar sein muß.

So heißt es in 4,279 ff zu § 338, Ziff 6 StPO, daß
die Verletzung der Vorschriften über die Öffentlichkeit
des Verfahrens bei der Urteilsverkündung ein unbedingter
Revisionsgrund nach § 338, Ziff 6 StPO ist.

In der Begründung beruft sich der BGH zunächst auf die Entstehungsgeschichte von § 338, Ziff 6 StPO und auf den Zusammenhang zwischen GVG und StPO, der so eng sei, daß der Begriff der mündlichen Verhandlung in § 338, Ziff 6 StPO kein anderer sein könne als der in § 169 GVG, wo auch die Urteilsverkündung dazu gehöre. Der BGH fährt dann fort, daß gemäß § 173, I GVG die Urteilsverkündung inner öffentlich geschehen müsse. Wäre die Verletzung von § 173, I GVG kein unbedingter Revisionsgrund nach § 338, Ziff 6 StPO, dann wäre sie niemals mit der Revision angreifbar, da der Nachweis, daß das Urteil auf einer solchen Verletzung beruhe, nur durch Verletzung des Beratungsgeheimnisses geführt werden könnte, also nicht möglich wäre. Die Gerichte des ersten Rechtszuges könnten also durch das Revisionsgericht niemals zur Beachtung von § 173, I GVG gezwungen werden. Das könne nicht der Sinn des Gesetzes sein.

Mit diesem Urteil dient der BGH gleich in mehrfacher Hinsicht der Rechtsstaatlichkeit, einmal dadurch, daß er die Verletzung von § 173, I GVG überhaupt revisibel macht, also dem Angeklagten oder auch der Staatsanwaltschaft die Einlegung eines Rechtsmittels und damit einen wirksamen Angriff auf die Vorentscheidung ermöglicht, und zum andern dadurch, daß er die Instanzgerichte zur Einhaltung von § 173, I GVG anhält, also dem rechtsstaatlichen Grundsatz der Öffentlichkeit des Verfahrens die nötige Beachtung verschafft.

Denselben Zweck, nämlich die wirksame Anfechtung eines Urteils überhaupt zu ermöglichen, verfolgt der BGH mit seiner Entscheidung 12,314 ff, in der er sagt: "Wenn der Tatrichter sich dem Ergebnis der Beurteilung eines Sachverständigen ohne Angabe eigener Erwägungen anschließt, so ist er grundsätzlich verpflichtet, wenigstens die wesentlichen Anknüpfungstatsachen und Darlegungen des Sachverständigen im Urteil wiederzugeben."

In den Gründen führt der BGH aus, diese Pflicht ergebe sich aus dem Erfordernis, das Gutachten und seine gedankliche Schlüssigkeit im Revisionsrechtszug beurteilen zu können. Bei Verletzung dieser Pflicht sei es weder dem Angeklagten noch dem Revisionsgericht möglich, die für die Schuldfeststellung entscheidenden Gründe rechtlich zu überprüfen. Das würde es der Verteidigung und dem Staatsanwalt unmöglich machen, ein Rechtsmittel einzulegen. Ein solches Verfahren würde aber dem rechtsstaatlichen Geist der StPO widersprechen.

Im Gesetz findet sich für diese Entscheidung kein Anhaltspunkt. Doch nennt der BGH in den Urteilsgründen selbst ausdrücklich den Zweck dieses Urteils, nämlich eine Entscheidung einer möglichst umfassenden Nachprüfung durch das Revisionsgericht zugänglich zu machen.

4.) Ebenfalls die Ordnungsmäßigkeit des Verfahrens und dabei speziell den Gesichtspunkt der Unparteilichkeit der Gerichte hat das Urteil 9,193 ff zu § 22, Ziff 4 StPO im Auge. Es heißt dort in den Urteilsgründen, daß Sachgleichheit im Sinn von § 22, Ziff 4 StPO nicht ausnahmslos mit Tatgleichheit im Sinn von § 264 StPO gleichzusetzen sei, da § 22, Ziff 4 StPO weit ausgelegt werden müsse; denn er will das Verfahren nicht nur gegen Voreingenommenheit schützen, sondern schon den Schein des Verdachts der Parteilichkeit vermeiden. Dieser Schein könnte aber in Einzelfällen schon auftreten, wenn keine Tatgleichheit vorliegt.

Der BGH nennt in den Gründen zu dieser Entscheidung selbst expressis verbis die rechtsstaatlichen Erwägungen, von denen er sich bei der Fällung dieser Entscheidung leiten ließ.

Im Zusammenhang damit steht auch das Urteil 14,219 ff zu § 22, Ziff 1 StPO, das durch sehr weite Auslegung

dieser Vorschrift verhindern will, daß ein Richter bei dem auch nur entfernt die Möglichkeit der Voreingenommenheit gegen den Angeklagten besteht, am Verfahren teilnimmt. Dieses Urteil will also ebenfalls den Grundsatz der Unparteilichkeit des Gerichts verwirklichen.

Dasselbe Ziel verfolgt auch das Urteil 18,165 ff zu § 193 GVG.

5.) In der Entscheidung 10,137 ff zu § 207 StPO sagt der BGH, daß der Eröffnungsbeschluß zumindest in Verbindung mit der Anklageschrift die Tat so bezeichnen muß, daß sie genügend bestimmbar ist.

In der Begründung zu diesem Urteil heißt es, daß der Eröffnungsbeschluß eine wichtige Rolle für die Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens spiele. Aus ihm müsse zweifelsfrei erkennbar sein, innerhalb welcher tatsächlicher Grenzen sich die Hauptverhandlung bewege; denn davon hänge ab, welche tatsächlichen Vorgänge von der Rechtskraft eines Urteils erfaßt würden.

Diese Entscheidung will demnach eine möglichst klare Umgrenzung der Rechtskraft eines Urteils, einer der wichtigsten, auf dem Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit beruhenden Institutionen unseres Verfahrensrechts erreichen. Sie will einerseits den Angeklagten, ähnlich wie die Entscheidungen über die Verjährung, vor einer endlosen und womöglich gar mehrmaligen Strafverfolgung wegen ein und derselben Tat bewahren, andererseits aber auch verhindern, daß der Angeklagte sich zu Unrecht auf die Rechtskraft eines Urteils beruft und dadurch der Bestrafung wegen solcher Straftaten entgeht, die zwar mit einer bereits abgeurteilten Tat irgendwie zusammenhängen, aber von deren Aburteilung nicht erfaßt werden. Es ist also eine Entscheidung, bei der sich der Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit in Form der Rechtskraft eines Urteils auch

einmal zu Ungunsten des Angeklagten auswirken kann. ,

Das Urteil 18,225 ff zu § 211 StPO will den Angeklagten ebenfalls vor einer unberechtigten wiederholten Strafverfolgung bewahren.

6.) Auch durch die Entscheidung 13,41 f zu § 358, II, 1 StPO soll eine dem Angeklagten günstige Rechtsstellung gewahrt und verwirklicht werden, nämlich das in § 358, II, 1 StPO niedergelegte Verbot der reformatio in peius.

7.) Das Recht des Angeklagten darauf, daß nur Tatsachen, die in zulässiger Weise in das Verfahren eingeführt wurden, für die Entscheidung verwertet werden dürfen, also insbesondere den Grundsatz der Unmittelbarkeit und Mündlichkeit der Beweiserhebung wollen die Entscheidungen 13,1 ff und 13,250 ff und 13,394 ff zu §§ 52; 252 StPO und 14,310 ff zu §§ 254, I; 261 StPO verwirklichen helfen.

Ebenfalls in diesen Zusammenhang gehört das Urteil 14,358 ff (364 f) zu Art. 1; 2 GG; § 244, II StPO, auch wenn es sich nicht mit einer Zeugenaussage, sondern mit einer Aussage des Angeklagten befaßt, die gegen dessen Willen auf Tonband aufgenommen wurde. Ihre Verwertung hält daher der BGH für unzulässig.

Auch die Entscheidungen 15,187 ff und 17,364 ff zu § 136 a StPO müssen hier genannt werden.

8.) Die Wahrung des rechtsstaatlichen Grundsatzes der Öffentlichkeit des Verfahrens haben schließlich die Entscheidungen 17,201 ff und 18,179 ff zu §§ 169; 176; 177 GVG; 338, Ziff 6 StPO im Auge.

9.) Die folgenden Entscheidungen haben nicht ein ausgesprochenes Recht des Beschuldigten, sondern nur eine aus dem Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit folgende "Vergünstigung" im Auge. Sie bezwecken nämlich die "faire" Einhaltung der Vorschriften über die Verjährung der Strafverfolgung, also den Anspruch des Beschuldigten, nicht mit Hilfe irgendwelcher formalistischer Mittel länger als gesetzlich zulässig wegen einer Straftat verfolgt zu werden. Die Verjährung der Strafverfolgung stellt schon an sich eine vom Gesetz dem Angeklagten gewährte Wohltat dar. Der Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens fordert aber noch, daß diese Wohltat dem Angeklagten auch wirklich zugute kommt. Da alle auf dieses Ziel hin ausgerichteten Entscheidungen verhindern wollen, daß durch entsprechende Manipulationen im Strafverfahren die Verjährungsvorschriften umgangen werden, sich also alle Entscheidungen auf die Durchführung des Strafverfahrens beziehen, werden sie an dieser Stelle besprochen, obwohl die entsprechenden gesetzlichen Bestimmungen, zumindest formell, dem materiellen Strafrecht angehören. Die folgenden Entscheidungen sollen zeigen, wie der BGH diesen schon in der Institution der Verjährung selbst liegenden Zweck durch eine entsprechende Auslegung der fraglichen Rechtsnormen auch tatsächlich zu verwirklichen versucht.

In 11,335 ff entscheidet er zu § 68 StGB: "Er sucht in einem Ermittlungsverfahren die Staatsanwaltschaft, die selbst das Strafregister des Beschuldigten führt, nur zur Verjährungsunterbrechung das Amtsgericht, sie um Einholung eines Strafregisterauszugs des Beschuldigten zu bitten, so ist die dem Ersuchen entsprechende Verfügung des Amtsrichters keine zur Verjährungsunterbrechung im Sinn von § 68 StGB geeignete richterliche Handlung."

Einen fast gleichlautenden Inhalt wie diese Entschei-

dung hat auch der Beschluß 15,234 ff zu § 68 StGB, der den Grundgedanken dieser Entscheidung fortführt.

Der Tenor von 12,337 ff zu § 68 StGB lautet:
"Beantragt die Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren offensichtlich nur zum Zweck der Unterbrechung der Verjährung bei einem Amtsgericht die Akten zur Vernehmung eines in einem anderen Gerichtsbezirk wohnenden Zeugen an die für diese zuständige Polizeibehörde weiterzuleiten, so ist dieses Ersuchen nicht auf eine richterliche Handlung gerichtet. Die erbetene Maßnahme des Amtsgerichts ist daher nicht eine zur Unterbrechung der Verjährung geeignete Handlung."

In der Begründung zu diesen Entscheidungen heißt es, § 68 StGB sei eine Ausnahme vom Grundsatz des § 57 StGB und daher eng und loyal auszulegen. Eine richterliche Handlung im Sinn von § 68 StGB liege nur vor, wenn sie bestimmt und geeignet sei, die Erledigung der Strafsache zu fördern. Das sei aber nicht der Fall. In den Gründen zur dritten Entscheidung sagt der BGH dann weiter, daß die Einrichtung der Verjährung auch einer etwaigen Untätigkeit der Behörden in jedem Abschnitt des Verfahrens entgegentreten solle. Dieses Ziel würde aber vereitelt, wenn rein willkürliche und überflüssige Scheinmaßnahmen, die nur der Umgehung der Verjährungsvorschriften dienen sollen, die Verjährung unterbrechen könnten.

Auch der Beschluß 16,193 ff zu § 68 StGB will die loyale Einhaltung der Verjährungsvorschriften sicherstellen.

Alle diese Entscheidungen wollen also eine Umgehung der in § 68 StGB niedergelegten Verjährungsvorschriften verhindern, da ein derartiger Mißbrauch des Gesetzes den Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit in grösster Weise verletzen würde; denn der Angeklagte wäre damit praktisch der Willkür der Strafverfolgungsbehörden ausgeliefert,

ohne sich dagegen wehren zu können. Der Angeklagte hat zwar, wie bereits betont wurde, kein Recht auf Verjährung, er hat aber einen Anspruch darauf, daß die ihn begünstigenden Rechtsnormen loyal gehandhabt werden, wie der BGH in den Gründen zu den zitierten Entscheidungen selbst ausdrücklich betont. Darüber hinaus dienen diese Urteile und Beschlüsse, wie ebenfalls aus ihrer Begründung hervorgeht, auch insofern der Rechtsstaatlichkeit, als sie auf die Einhaltung eines ordnungsgemäßen und strikt gesetzmäßigen Verfahrens bedacht sind. Sie haben also damit den im öffentlichen Recht, zu dem ja auch das Strafverfahrensrecht gehört, ganz allgemein geltenden rechtsstaatlichen Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Tätigkeit der öffentlichen Gewalt im Auge.

Der Beschluß 19,300 ff zu §§ 14; 27, III OWiG; 69 StGB gehört ebenfalls noch in diesen Zusammenhang.

- V. Nachdem nun die Entscheidungen besprochen sind, die vom Gesichtspunkt der Rechtsstaatlichkeit in seinen verschiedenen Ausprägungen getragen sind, sind damit anhand von Beispielen alle wesentlichen, für die Rechtsprechung des BGH maßgebenden außergesetzlichen Erwägungen aufgeführt, die sich auf die Durchführung und Ausgestaltung des Strafverfahrens beziehen.

Mit Ausnahme des Gesichtspunkts der Rechtssicherheit handelt es sich dabei nur um Erwägungen, die im Wesen des Strafverfahrensrechts selbst begründet sind. Der Gedanke der Prozeßökonomie ist nämlich dem Strafverfahrensrecht insofern immanent, als jedes Verfahrensrecht das gerichtliche Verfahren so gestalten will, daß auf eine möglichst einfache und rasche Weise eine Sachentscheidung gefällt werden kann, soweit nicht andere Prin-

zipien des Verfahrensrechts den Vorrang genießen. Die auf Herbeiführung einer richtigen Sachentscheidung gerichteten Erwägungen folgen ebenfalls schon aus dem Wesen des Strafverfolgungsrechts, da es ja gerade sein Sinn und Zweck ist, das Verfahren so zu ordnen, daß vom äußeren Ablauf des Verfahrens her alle Voraussetzungen für eine richtige Sachentscheidung gegeben sind. Es müßten also an sich alle von Zweckgesichtspunkten beeinflussten verfahrensrechtlichen Entscheidungen in diese Gruppe eingeordnet werden, da sie letztlich alle dadurch, daß sie sich mit dem Strafverfahren beschäftigen, notwendigerweise darauf gerichtet sind, die verfahrensmäßigen Bedingungen für eine möglichst richtige Sachentscheidung zu schaffen. Trotzdem wurde diese Gruppe von Zweckmäßigkeitserwägungen gesondert behandelt, weil sie in ganz besonders deutlicher Weise diesem Ziel dient. Schließlich sind auch die auf Wahrung gewisser rechtsstaatlicher Prinzipien im Strafverfahren gerichteten Erwägungen im Strafverfahrensrecht selbst begründet, da es an diesen Prinzipien, wenn auch teilweise unvollkommen, ausgerichtet ist.

Da also alle Gruppen strafprozessualer Erwägungen ihren Ursprung im Strafverfahrensrecht selbst haben, sind sie ihrer Natur nach auf eine sinnvolle und gerechte Durchführung des Strafverfahrens gerichtet, da das der Sinn und Zweck des Strafverfahrensrechts ist. Mit ihrer Hilfe wird also die dem Strafverfahrensrecht zugrunde liegende Vorstellung von einem geordneten Verfahren in solchen zur Entscheidung vorliegenden Fällen konkretisiert, die nicht ohne eine genauere Auslegung des Gesetzes dem System des Strafverfahrensrechts untergeordnet werden können. Unter dem Einfluß der bisher genannten Erwägungen versucht also der BGH, zumindest von der Auswahl der Gesichtspunkte her gesehen, denen er in seiner Rechtsprechung zum Verfahrensrecht Raum gibt, die dem Strafverfahrensrecht innewohnende Grundidee eines zweckmäßigen und gerech-

ten Verfahrens zu verwirklichen, da alle vom BGH beachteten verfahrensrechtlichen Erwägungen Teilbereiche dieser Grundidee verkörpern. Diese besteht nämlich in einem sachgemäßen Ausgleich zwischen den Erfordernissen eines schnellen, einfachen und sinnvollen Verfahrens, die sich vor allem in den prozeßökonomischen und den auf Herbeiführung einer möglichst richtigen Sachentscheidung gerichteten Erwägungen niederschlagen und dem Anspruch des Beschuldigten und der Zeugen auf eine nicht über das unbedingt nötige Maß hinausgehende Beeinträchtigung ihrer Freiheit, der sich vor allem in den rechtsstaatlichen Prinzipien des Strafverfahrens zeigt. Warum der BGH aber dieses Ziel trotz der Auswahl der darauf gerichteten Mittel in Form der genannten Erwägungen nicht immer erreicht, darauf soll weiter unten noch eingegangen werden.

Einem anderen Bereich gehören die auf Wahrung der Rechtssicherheit ausgerichteten Erwägungen an. Sie sind nicht wie die zuvor erwähnten Gesichtspunkte aus dem Inhalt des Strafverfahrensrechts selbst entnommen und allein auf das Strafverfahren ausgerichtet. Zwar trägt der BGH dem Gedanken der Rechtssicherheit mit Ausnahme weniger Entscheidungen vor allem auf dem Gebiet des Strafverfahrensrechts Rechnung, bewirkt also mit Hilfe dieses Gedankens im wesentlichen eine Ausgestaltung des Strafverfahrens, doch bildet die Rechtssicherheit einen Maßstab für die Rechtsprechung, der weit über den Rahmen des Verfahrensrechts hinausreicht. Sie ist einer der obersten Grundsätze der Rechtsprechung, der für das Verfahrensrecht wie für das materielle Recht gleich große Bedeutung hat und gleichsam über beidem steht. Die Rechtssicherheit hat ihren Ursprung nicht im Wesen irgendeines Verfahrensrechts oder des materiellen Rechts, sondern im Prinzip der Rechtsstaatlichkeit, das das gesamte Rechtsleben beherrscht. Die auf Wahrung der Rechtssicherheit bedachten Urteile und Beschlüsse wurden also nur deshalb im Rahmen der sich auf die Ausgestaltung des Strafverfahrens bezie-

henden Entscheidungen besprochen, weil sie sich in den meisten Fällen tatsächlich mit dem Strafverfahrensrecht befassen, nicht aber weil der Gedanke der Rechtssicherheit wie die zuerst besprochenen Erwägungen seinem Wesen nach spezifisch im Strafverfahrensrecht wurzelt.

Ein weiterer, die gesamten bisher besprochenen Entscheidungen durchziehender Zweck ist der, das Ansehen der Rechtspflegeorgane, insbesondere der Gerichte zu erhalten und zu mehren und dadurch das Vertrauen in die Rechtsprechung zu festigen; denn abgesehen von der materiellen Gerechtigkeit einer Entscheidung hebt vor allem eine sinnvolle und gerechte Ausgestaltung und Durchführung eines Strafverfahrens das Vertrauen des Laien in die Rechtsprechung. Der BGH selbst betont diesen Gesichtspunkt in einigen Entscheidungen ausdrücklich wie z.B. in 5,5 ff und 9,302 ff.

- B. Nach diesem kurzen Rückblick auf die das Strafverfahren berührenden Zweckmäßigkeitserwägungen soll nun der zweite Bereich in der strafrechtlichen Rechtsprechung des BGH, in dem Zweckgesichtspunkte eine Rolle spielen, behandelt werden, nämlich das materielle Strafrecht.

Die in diesem Bereich berücksichtigten Zweckmäßigkeitserwägungen sind ausschließlich kriminalpolitische Erwägungen in ihren verschiedenen Ausprägungen. Es handelt sich dabei im Grunde genommen gar nicht um mehrere Zweckgesichtspunkte, sondern nur um den einzigen Zweck, durch eine entsprechende Auslegung der infrage kommenden Strafnormen eine Bestrafung des Angeklagten überhaupt oder aber eine schärfere Bestrafung zu ermöglichen oder eine Sicherungs- oder Erziehungsmaßregel gegen ihn verhängen zu können. Mit der Verwirklichung dieses Zwecks verfolgt der BGH aber eine weitere Absicht, nämlich einen möglichst weitreichenden Schutz der Allgemeinheit vor

strafbaren Handlungen. Dieser verstärkte und erweiterte Schutz der Allgemeinheit kommt dadurch zustande, daß der BGH einfach den Wirkungsbereich der einzelnen Strafrechtsnormen auf solche Fälle erweitert, die an sich nicht oder zumindest nicht unmittelbar und eindeutig von diesen Vorschriften umfaßt werden. Er holt also den kriminalpolitischen Zweck den er im konkreten Einzelfall verwirklichen will, unmittelbar aus dem Gesetz selbst. Jedes Strafgesetz hat ja schon von Natur aus einen solchen Zweck in sich, nämlich den Schutz eines bestimmten Rechtsgutes zu gewährleisten oder wie z.B. die Vorschriften über die Teilnahme oder den Versuch diesen Schutz zu erweitern und bei Verletzung des Rechtsgutes den Täter der Bestrafung oder einer Sicherungsmaßregel zuzuführen. Indem sich nun der BGH bei seinen Entscheidungen von kriminalpolitischen Erwägungen leiten läßt, will er in den konkreten, ihm zur Aburteilung vorliegenden Einzelfällen nichts weiter erreichen, als einen verstärkten Schutz des Rechtsgutes, das in dem von ihm zur Begründung der einzelnen Entscheidungen herangezogenen Gesetz schon geschützt ist. So will der BGH z.B. durch eine erweiterte Anwendung der Normen zum Schutz des Eigentums einen verstärkten Eigentumsschutz oder durch eine Ausdehnung der Gesetze zum Schutz von Anstand und Sitte einen stärkeren Schutz der Sittlichkeit erreichen. Obwohl man also, wie bereits oben dargelegt, an sich nur von einem einzigen für die Entscheidungen des BGH maßgebenden kriminalpolitischen Zweck sprechen kann, darf man doch insofern mehrere kriminalpolitische Zweckmäßigkeitserwägungen unterscheiden, als sie sich auf den Schutz verschiedener Rechtsgüter in dem eben erörterten Sinn beziehen. Von dieser Unterscheidung soll nun auch ausgegangen werden, wenn eine Reihe von Entscheidungen als Beispiele für den Einfluß kriminalpolitischer Zweckgesichtspunkte auf die Rechtsprechung des BGH angeführt wird. Im Grunde genommen ist nun aber fast jede Entscheidung

des BGH zu Fragen des materiellen Strafrechts von kriminalpolitischen oder Billigkeitserwägungen getragen. Es werden hier aber nur diejenigen erwähnt, die verhältnismäßig klar und eindeutig den Einfluß von kriminalpolitischen Gesichtspunkten erkennen lassen. Doch auch aus diesen Entscheidungen werden wiederum nur die charakteristischsten herausgegriffen; auf die übrigen wird nur verwiesen, da eine Besprechung aller dieser Entscheidungen zu weit führen und außerdem diese Arbeit sehr unübersichtlich machen würde.

Zunächst seien solche Entscheidungen besprochen, die eine Bestrafung des Täters überhaupt ermöglichen wollen, dann solche, die eine härtere Bestrafung bezwecken, schließlich diejenigen, die auf die Verhängung einer Nebenstrafe oder Sicherungsmaßregel abzielen.

- I. 1.) Aus der ersten Gruppe von Entscheidungen werden zunächst diejenigen behandelt, die eine Bestrafung des Täters ermöglichen wollen, um dadurch einen verstärkten Schutz eines ganz konkreten, in einer einzelnen Strafrechtsnorm enthaltenen Rechtsgutes zu erreichen.

Begonnen sei mit den Entscheidungen, die auf einen verstärkten Schutz des Eigentums ausgerichtet sind.

So entscheidet der BGH in 4,236 ff zu § 246 StGB, daß jemand, der eine in seinem Gewahrsam befindliche fremde Sache einem Dritten unentgeltlich zuwendet, eine Unterschlagung begeht, sofern er davon einen Nutzen oder Vorteil im weitesten Sinn, wenn auch nur mittelbar, hat.

In den Gründen sagt der BGH u.a., daß der Täter einen solchen Vorteil auch dann habe, wenn er in eigenen Namen klar die fremde Sache verführe. Sein Nutzen liege darin,

daß er unter Ersparung einer Aufwendung aus dem eigenen Vermögen freigebig ist.

Es handelt sich hier um eine sehr weite Ausdehnung von § 246 StGB, die dem unbefangenen, natürlichen Sprachgebrauch von Zueignung widerspricht. Dem BGH erschienen aber auch solche Fälle strafwürdig; daher dehnte er § 246 StGB entsprechend aus, da andernfalls ein solcher Täter straffrei bliebe. Die Begründung, die der BGH für dieses Urteil gibt, ist sehr fragwürdig; denn erstens liegt eine Zueignung eben noch nicht in jedem Fall vor, in dem der Täter irgendeinen Vorteil von der Sache hat, und außerdem hat der Täter überhaupt gar keinen materiellen Vorteil davon, daß er eine fremde Sache verschenkt. Ein materieller Nutzen für den Täter läge höchstens dann vor, wenn er zu der von ihm mit der fremden Sache vorgenommenen Schenkung sittlich verpflichtet gewesen wäre, da höchstens dann von der Ersparung einer Aufwendung aus dem eigenen Vermögen die Rede sein könnte. In allen anderen Fällen kann man bestenfalls von einem immateriellen Vorteil des Täters insofern sprechen, als er sich die Großzügigkeit des Schenkens mit fremden Eigentum erlaubt. Doch darin eine Zueignung der verschenkten Sache zu sehen, geht zu weit. Man verläßt mit dieser Auslegung von § 246 StGB dessen eindeutig materielle Grundlage; denn von einer solchen völlig "vergeistigten" Zueignung ist in § 246 StGB nicht die Rede. Es handelt sich also hier in Wirklichkeit nicht mehr um eine erlaubte ausdehnende Auslegung von § 246 StGB, sondern um verbotene Analogie, von der der BGH allerdings nicht offen spricht, sondern die er durch eine Vergewaltigung des Begriffs "Zueignung" zu verbergen sucht. Dieses Urteil zeigt also besonders gut, wie der BGH das Gesetz zurechtbiegt aus der Erwägung heraus, auf jeden Fall um eines verstärkten Schutzes des Eigentums willen zu einer Bestrafung des Täters zu kommen. Mit dieser in den Urteilsgründen vorgenommenen Auslegung des Begriffs "Zueignung" widerspricht sich der PGH auch selbst, da damit

der Nachsatz des Urteilstenors (sofern ...) hinfällig wird; denn es ist danach kein Fall denkbar, in dem der Täter nicht einen derartigen vom BGH als ausreichend für § 246 StGB angesehenen Vorteil hat. Der Nachsatz des Urteilstenors ist also völlig überflüssig. Daraus ersieht man, wie sich der BGH oft von einem Einzelfall und den dabei verfolgten Zwecken zu Urteilen und Definitionen hinreißen läßt, die einer umfassenderen Prüfung nicht standhalten.

In ähnlicher Weise wie in der eben besprochenen Entscheidung dehnt der BGH, ebenfalls aus kriminalpolitischen Gründen den Begriff der Zueignung in dem Urteil 17,87 ff zu §§ 242; 249; 59 StGB sehr weit aus.

Im Anschluß an das eben besprochene Urteil müssen die beiden folgenden Entscheidungen 2,362 ff und 4,122 ff zu § 257 StGB genannt werden, da sie mit der eben besprochenen in einem ganz engen inneren Zusammenhang stehen. In ihnen sagt nämlich der BGH, daß eine sachliche Begünstigung auch durch Mitwirken zum Absatz der durch eine Straftat, insbesondere durch einen Diebstahl, erlangten Sachen begangen werden kann, wenn dies in der Absicht geschieht, den Täter hierdurch vor einer Entziehung der Sachen durch den Eigentümer oder die Obrigkeit zu bewahren.

In dem ersten Urteil geht der BGH noch von einem Fall aus, in dem der Täter den Gegenwert für die Beute erhält. Der Vorteil, der dem Täter gesichert werde, bestehe also in der endgültigen Zueignung des wirtschaftlichen Wertes der Beute. Insoweit kann man dem BGH noch folgen. In dem später ergangenen Urteil handelt es sich dagegen um einen Fall, in dem die Beute verschenkt wird. Der Vorteil für den Dieb liege hier darin, daß ihm dadurch die durch den Diebstahl angemäße Eigentümerstellung gesichert werde. In diesem Urteil zeigt sich also vor allem der eben genannte Zusammenhang mit der oben besprochenen Entscheidung

4,236 ff. Auch hier verläßt der BGH die materiellen Grundlagen von § 257 StGB und begnügt sich mit einem rein immateriellen Vorteil. Diese Ausdehnung von § 257 StGB im Rahmen des § 242 StGB geht wohl zu weit, wenn sie auch noch ganz entfernt vom Wortlaut des § 257 StGB getragen wird. So steht auch die herrschende Lehre und Rechtsprechung gegen diese Ausdehnung von § 257 StGB, wie der BGH selbst zugibt. Doch den wahren Grund dieser sehr weiten Auslegung von § 257 StGB nennt der BGH in den beiden Urteilen selbst, nämlich zu verhindern, daß ein wichtiger Fall nachträglicher Unterstützung fremder Straftat ungesühnt bleibt. Indem der BGH also auch in diesen Fällen eine Bestrafung des Täters ermöglicht, dient er damit ebenfalls einem verstärkten und erweiterten Schutz des Eigentums, indem er es dadurch vor einer noch weitergehenden und nachhaltigeren Verletzung bewahren will.

In der Entscheidung 1,127 ff zu §§ 264; 267 StPO kommt der BGH zu dem Ergebnis, daß beim Diebstahl eine Wahlfeststellung zwischen Täterschaft und Anstiftung möglich sei.

Die Gründe zeigen eindeutig, daß der BGH dieses Urteil so wie geschehen fällte, um aus Gründen eines verstärkten Schutzes des Eigentums den Täter auf jeden Fall bestrafen zu können und ihm nicht die Möglichkeit zu geben, aus rein formalen Gründen der gerechten Bestrafung zu entgehen. So heißt es in der Begründung dieses Urteils u.a., daß beide Möglichkeiten im Rahmen des von der Anklage zum Gegenstand des Verfahrens gemachten Vorgangs lägen. Es sei ein Gebot der Gerechtigkeit, den Täter für seine in jedem Fall gleich strafbare Beteiligung zur Verantwortung zu ziehen. Ihn von der Strafe nur deshalb freizustellen, weil die eine der in Betracht kommenden Möglichkeiten die andere rechtlich ausschließt, sei nicht zu billigen. Dies könne daher nicht Wille des Gesetzes sein.

Diese Begründung, die jeder gesetzlichen Grundlage entbehrt ist also eindeutig auf die Verwirklichung des oben genannten kriminalpolitischen Zwecks ausgerichtet.

Auch das Urteil 8,110 ff zu § 245 a StGB soll hier genannt werden. Es lautet: "Diebeswerkzeug im Sinn von § 245 a StGB sind auch Waffen und Gesichtsmasken, die zur Verwendung bei einem Raube bestimmt sind." Dieses Urteil wird zwar schon vom Wortlaut des § 245 a StGB getragen, ist aber daneben doch noch maßgebend von der Erwägung mitbestimmt, Eigentumsdelikte bereits einschlägig vorbestrafter Täter in möglichst großem Umfang schon im Keime zu ersticken und dadurch das Eigentum in möglichst wirksamer und umfassender Weise zu schützen.

Eine weitere sehr bemerkenswerte Entscheidung in dieser Richtung ist das Urteil 2,262 ff zu § 18 UnedelMetG, in dem es heißt, daß zum Ankaufen oder Ansichbringen nicht die Erlangung der eigenen Verfügungsgewalt gehöre, weshalb Täter nach § 18 UnedelMetG auch der für seinen Geschäftsherrn ankauende Gewerbegehilfe sein könne, sofern er hierbei nach den Umständen des Einzelfalls selbständig tätig werde.

In den Gründen führt der BGH aus, daß der Gewerbegehilfe praktisch nie aus § 18 UnedelMetG zu bestrafen wäre, wenn man unter Ansichbringen nur die Erlangung der eigenen Verfügungsgewalt verstehen würde. Das würde aber dem Zweck des Gesetzes zuwiderlaufen, das einen besonderen Schutz gegen die immer mehr um sich greifenden Altmetall-diebstähle schaffen wollte. Auch der Sprachgebrauch verhin-dere diese Auslegung nicht, da unter Ankaufen auch das Ankaufen für einen anderen verstanden werden könne, obwohl nach der Fassung des Gesetzes Ankaufen nur ein Unterfall des Ansichbringens sei.

In diesem Urteil sagt also der BGH selbst, daß er, um das Eigentum an Altmetall in besonders starkem Maße zu schützen,

unbedingt auch eine Bestrafung des Gewerbegehilfen ermöglichen will. Auch hier biegt er wieder wie in der vorigen Entscheidung einen gesetzlichen Begriff, nämlich den des Ansichbringens, in unzulässiger Weise zu, um das von ihm gewünschte Ergebnis aus § 18 UnedelMetG begründen zu können; denn wie er selbst sagt, ist Ankaufen nur ein Unterfall des Ansichbringens. Eine natürliche, ungezwungene Gesetzesbetrachtung kann aber unter Ansichbringen nur die Erlangung der eigenen Verfügungsgewalt verstehen. Auch hier dürfte also eine unzulässige Analogie vorliegen.

Aus derselben kriminalpolitischen Erwägung heraus kommt der BGH zu dem gleichen Ergebnis in der Entscheidung 2,355 ff zu § 259 StGB, wobei er sich auf das obige Urteil beruft.

Auch in dem Urteil 7,273 ff dehnt der BGH den Begriff des Ansichbringens in § 18 UnedelMetG aus, um durch die Ermöglichung einer erweiterten Bestrafung von Altmetallhändlern die Altmetallhehlerei einzudämmen und damit in dieser Hinsicht das Eigentum in verstärktem Maße zu schützen. Er sagt, daß ein Altmetallhändler, der jedes von seinen Hilfskräften erworbene Gut unbesehen in dem Geschäftsbetrieb weiterlaufen läßt, solches Gut bereits mit dem Erwerb durch die Hilfskräfte an sich bringt, auch wenn er an sich den Ankauf von Sachen strafbarer Herkunft nicht billigt.

In den Gründen führt der BGH aus, daß nach anderer Ansicht in einem solchen Fall grober Fahrlässigkeit eine Bestrafung des Geschäftsherrn nicht möglich wäre, was aber nicht der Sinn der Gesetzesauslegung sein könne. Ein solcher Geschäftsherr müsse vielmehr wie ein bösgläubiger Geschäftsherr behandelt werden.

Mit diesem Urteil will also der BGH grob fahrlässigen Altmetallhändlern eine andernfalls sehr leichte Exkulpation

verwehren und dadurch ihre Bestrafung ermöglichen.

Schließlich sei noch auf das Urteil 1,47 ff zu § 259 StGB verwiesen. Hier erreicht der BGH einen verstärkten Eigentumsschutz dadurch, daß er es für die Strafbarkeit des Hehlers genügen läßt, wenn die Vortat tatbestandsmäßig und rechtswidrig ist. Er führt also auch für § 259 StGB die limitierte Akzessorietät ein, obwohl der Wortlaut von § 259 StGB mit ihrer Einführung im Gegensatz zu den §§ 49 und 48 StGB nicht geändert wurde. Den Grund dieser Maßnahme nennt der BGH in den Urteilsgründen selbst, indem er sagt, auch der Zweck von § 259 StGB rechtfertige das obige Ergebnis, da diese Vorschrift die Aufrechterhaltung der durch die Vortat geschaffenen rechtswidrigen Vermögenslage unter Strafe stelle. In vielen besonders strafwürdigen Fällen würde dieser Zweck aber vereitelt, nur weil die Vortat nicht strafbar war.

Endlich muß in diesem Zusammenhang noch die Entscheidung 11,44 zu § 248 b StGB genannt werden. Danach liegt ein "Ingebrauchnehmen" im Sinn von § 248 b StGB immer dann vor, wenn der Täter ein Kraftfahrzeug oder Fahrrad zu seiner Fortbewegung benutzt, auch wenn das nicht mittels der dem technischen Wesen des Fahrzeugs eigentümlichen Triebkräfte geschieht. Wenn auch dieses Urteil an sich schon vom Wortlaut des § 248 b StGB getragen wird, so ist es doch entscheidend von kriminalpolitischen Erwägungen beeinflusst. Der BGH sagt selbst, daß der Zweck des Gesetzes einer engeren Auslegung entgegenstehe, da er dahin gehe, den Gefahren zu begegnen, die daraus erwachsen, daß Kraftfahrzeuge und Fahrräder besonders leicht, rasch und risikolos aus der Herrschaftsgewalt des Berechtigten entfernt werden könnten. Das sei aber auch der Fall, wenn das Fahrzeug ohne die ihm eigenen Antriebsmittel fortbewegt wird.

Daß dieses Urteil weniger auf dem beim ersten Anblick eindeutig erscheinenden Wortlaut des Gesetzes beruht als vielmehr auf durch den zur Entscheidung anstehenden Einzelfall veranlaßten kriminalpolitischen Erwägungen, zeigt auch die Tatsache, daß der BGH durchaus nicht jedes Ingebrauchnehmen eines Kraftfahrzeugs unter § 248 b StGB fallen läßt, wie die auf dieses Urteil unmittelbar folgende Entscheidung 11,47 ff zu § 248 b StGB zeigt. Danach bedeutet Ingebrauchnahme nur die bestimmungsgemäße Benutzung eines Kraftfahrzeugs zum Zwecke der Fortbewegung. In der Begründung zu diesem Urteil wird plötzlich als Zweck von § 248 b StGB der Dienst an der Verkehrssicherheit und öffentlichen Ordnung und die Verhinderung von Schwarzfahrten angegeben. Man sieht daran sehr gut, wie inkonsequent und willkürlich der BGH bei der Gesetzesauslegung vorgeht und dabei nur den Einzelfall im Auge hat. Das geht sogar so weit, daß er dem Gesetz, je nach Bedarf, ganz verschiedene Zwecke unterschiebt und diese dann wieder aus dem Gesetz zur Begründung seiner gegensätzlichen Entscheidungen herausholt. So spricht er in diesem Urteil auch davon, daß Ingebrauchnahme nur eine Benutzung sei, bei der der Täter sich des Fahrzeugs unter Einwirkenlassen der zur Ingangsetzung und Inganghaltung geeigneten Kräfte bedient, während er in der vorhergehenden Entscheidung betont, daß § 248 b StGB auch anwendbar sei, wenn ein Fahrzeug ohne die ihm eigenen Antriebsmittel fortbewegt wird. Aus der Gegenüberstellung dieser beiden unmittelbar aufeinander folgenden Urteile kann man sehr gut erkennen, daß der BGH bei der Auslegung eines Gesetzes den Wortlaut weitgehend außer acht läßt, auch wenn er sich auf ihn beruft und sich nur oder zumindest ganz überwiegend von den Erfordernissen des Einzelfalls und den von ihm erwünschten Ergebnissen leiten läßt und dabei, ohne ein Wort darüber zu verlieren, zu den widersprüchlichsten Resultaten gelangt. In dem zuerst genannten Urteil verfolgte er den Zweck, das Eigentum an Fahrzeugen besonders stark zu schützen,

und wollte deshalb eine Bestrafung des Täters erreichen; im zweiten Urteil wollte er aus Billigkeitsgründen eine Bestrafung des Täters vermeiden und engte deshalb § 248 b StGB entsprechend ein.

Zum Schluß sei auch noch auf die Entscheidungen 4,167 ff zu § 346 StGB und 16,271 ff zu §§ 242; 370, I, Ziff 5 StGB verwiesen.

Nach den eben besprochenen Entscheidungen, die einen verstärkten Eigentumsschutz im Auge hatten und deshalb zu einer Bestrafung des Täters kommen wollten, seien nun einige Urteile erwähnt, die das Vermögen im ganzen in besonderem Maße schützen und daher eine Bestrafung des Täters ermöglichen wollen.

In 11,102 ff entscheidet der BGH zu § 95, I BörsG, daß falls eine Handelsgesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit Kommissionär im Sinne des Handelsrechts ist, strafrechtlich als Kommissionär anzusehen ist, wer das Kommissionsgeschäft für sie tatsächlich ausführt. Der Zweck dieses Urteils, das den handelsrechtlichen Begriff des Kommissionärs beiseite schiebt, ist eindeutig. Es soll die Bestrafung des tatsächlich Handelnden nach § 95, I BörsG oder § 266 StGB ermöglicht werden, um den Kommitten vor Veruntreuungen zu schützen. Würde man nämlich an dem handelsrechtlichen Begriff des Kommissionärs festhalten, so könnte das zu schweren Veruntreuungen und Mißständen führen, da ja dann eine Bestrafung des tatsächlich Handelnden praktisch ausgeschlossen wäre.

Eine weitere sehr anschauliche Entscheidung ist das Urteil 8,343 ff zu § 265 StGB, wonach die Nichtigkeit des Versicherungsvertrages gemäß § 51, III VVG der Anwendung von § 265 StGB nicht entgegensteht, da es nur auf den Ab-

schluß eines förmlich gültigen, nicht auch sachlich wirksamen Versicherungsvertrages ankomme.

In diesem Urteil setzt sich der BGH ganz einfach über den Wortlaut von § 265 StGB hinweg, da eine Sache, falls der Versicherungsvertrag nichtig ist, eben nicht versichert ist, wie es § 265 StGB verlangt. Man kann hier kaum mehr von einer Auslegung des § 265 StGB durch den BGH sprechen; denn er ersetzt ein gesetzliches Tatbestandsmerkmal, nämlich das Erfordernis der Versicherung der Sache, durch ein von ihm für richtiger und zweckmäßiger gehaltenes, nämlich durch das Erfordernis eines bloß formell rechtsgültig abgeschlossenen Versicherungsvertrages. Mit anderen Worten, auch hier versucht der BGH in Wirklichkeit sein Ziel durch die Analogie zu erreichen, wenn er es auch nicht offen ausspricht. Der Zweck dieser Auslegung von § 265 StGB ist ebenfalls wieder ganz klar. Würde man nämlich im Rahmen von § 265 StGB einen auch materiell wirksamen Versicherungsvertrag fordern, so wäre in den praktisch am häufigsten vorkommenden Fällen, nämlich denen der absichtlichen Überversicherung, die den Versicherungsvertrag nach § 51, IIIIVG nichtig sein lassen, eine Bestrafung des Täters aus § 265 StGB unmöglich, was den Versicherungsbetrügereien Tür und Tor öffnen würde. § 265 StGB wäre damit praktisch bedeutungs- und sinnlos. Ein solch unmögliches Ergebnis wollte aber der BGH mit der von ihm vorgenommenen Ausweitung von § 265 StGB vermeiden.

Sehr lehrreich sind auch die Entscheidungen 5,358 ff und 1,92 ff; 3,370 ff und 15,83 ff zu § 263 StGB.

In dem ersten Urteil entscheidet der BGH, daß Betrug auch durch Erlangung einer Beamtenstellung begangen werden kann, für die die berufliche Vorbildung fehlt, und daß befriedigende Leistungen eines solchen Beamten den Vermögensschaden nicht ausschließen.

In den Gründen zu diesem Urteil sagt der BGH u.a., daß das Beamtenverhältnis sich nicht auf die Leistung von Arbeit gegen Entgelt beschränke. Den Schwerpunkt bilde vielmehr die gegenseitige Treuepflicht. Die Besoldung des Beamten richte sich ebenfalls nicht nach dem von ihm geleisteten Diensten, sondern nach bestimmten Anstellungsvoraussetzungen. Erfülle also ein Beamter nicht die Anstellungsvoraussetzungen, für die er bezahlt wird, so erleide der Dienstherr durch die zu hohe Bezahlung einen Vermögensschaden.

Diese Auslegung des Begriffs "Vermögensschaden" geht zu weit. Mit der Treuepflicht des Beamten läßt sich im Rahmen von § 263 StGB nicht operieren, da sie mit dem Vermögensbegriff in § 263 StGB gar nichts zu tun hat. Auch die Besoldung des Beamten richtet sich in Wahrheit doch nach den von ihm geleisteten Diensten; denn die Anstellungsvoraussetzungen haben keinen anderen Sinn, als eine Vermutung darüber zu begründen, daß ein Beamter, der sie erfüllt, auch die in seiner Stellung geforderten Aufgaben zufriedenstellend erledigt. Erledigt er diese nicht befriedigend, so wird er entweder entlassen, falls er noch Beamter auf Probe ist, oder er bleibt immer in der Eingangsstellung seiner Laufbahn, wird also nicht wie seine Kollegen, die ordentliche Arbeit leisten, befördert. Die Anstellungsvoraussetzungen sollen also nur die Prüfung der Geeignetheit des anzustellenden Beamten erleichtern, indem sie allgemeine Richtlinien aufstellen. Doch ob der Beamte dann auch wirklich Beamter bleibt, oder ob er in seiner Laufbahn vorwärts kommt, das richtet sich in erster Linie nach seiner Leistung. Wenn nun ein Beamter zwar die Anstellungsvoraussetzungen nicht erfüllt, aber die von ihm geforderten Aufgaben zur Zufriedenheit seiner Vorgesetzten erledigt, so nimmt er gegenüber seinem Dienstherrn leistungsmäßig dieselbe Stellung ein wie alle anderen Beamten, da die Anstellungsvoraussetzungen, wie oben dargelegt, keine Rolle mehr

spielen, wenn der Beamte seine Tätigkeit aufgenommen hat. Damit tritt an die Stelle der in Form der Anstellungsver Voraussetzungen vermuteten und erhofften Leistung des Beamten dessen wirkliche Leistung. Aus diesen Gründen kann man also in obigem Fall nicht von einem Vermögensschaden des Dienstherrn sprechen. Der BGH verläßt vielmehr in diesem Urteil den materiellen Vermögensbegriff des § 263 StGB und ersetzt den Vermögensschaden durch einen immateriellen Schaden. ¹⁾ Das ist aber nicht mehr Anwendung von § 263 StGB, sondern reine Analogie. Diese Auslegung hat den Zweck, einen derartigen Beamten, der sich seine Stellung durch einen groben Vertrauensbruch erschlichen hat, überhaupt bestrafen zu können und den Staat vor solchen charakterlich nicht einwandfreien Beamten zu schützen. Es handelt sich also bei diesem Urteil in Wirklichkeit gar nicht um einen verstärkten Schutz des Vermögens, sondern um einen Schutz der staatlichen Verwaltung vor charakterlich ungeeigneten Personen. Trotzdem wurde diese Entscheidung im Rahmen der Urteile besprochen, die das Vermögen in besonders starkem Maße schützen wollen, weil der BGH, wie aus seinen eigenen Worten hervorgeht, davon ausgeht, daß ein solcher Beamter dem Staat einen Vermögensschaden zufüge, und weil sich dieses Urteil daher mit der Auslegung einer eindeutig auf den Schutz des Vermögens abgestellten Strafvorschrift befaßt.

Auch das Urteil 3,370 ff erweitert den Begriff des Vermögensschadens in bedenklicher Weise, indem es dort heißt, daß jemand, der durch Verpfändung einer ihm nicht gehörigen Sache, die er wahrheitswidrig als sein Eigentum ausgibt, einen anderen zu einer Leistung veranlaßt, wegen Betrugs strafbar sein kann, auch wenn der andere aufgrund guten Glaubens ein gültiges Pfandrecht erwirbt.

1) Vgl. dazu die oben auf S.78ff besprochene Entscheidung 4,236 ff zu § 246 StGB

Den Vermögensschaden sieht der BGH darin, daß der gutgläubige Erwerber des Pfandrechts möglicherweise zu einem Prozeß gezwungen werden könnte, und es nicht sicher ist, ob er diesen Prozeß gewinnt. Hier wird also in einer ganz entfernten Vermögensgefährdung bereits ein für die Anwendung von § 263 StGB ausreichender Vermögensschaden gesehen, obwohl der Getäuschte wirtschaftlich und rechtlich Inhaber des Pfandrechts ist. Auch diese zu weit gehende Ausdehnung von § 263 StGB hat den Zweck in solchen Fällen zu einer Bestrafung des Täters zu kommen, um das Vermögen in ganz besonders weitgehendem Maße zu schützen.

In ähnlichem Sinn erweitern die Entscheidungen 1,92 ff und 15,83 ff den Begriff des Vermögensschadens. Auch der Beschluß 16,321 ff (329) zu § 263 StGB dehnt aus kriminalpolitischen Gründen den Begriff des Vermögensschadens aus, allerdings in anderer Weise als die eben genannten Entscheidungen.

Das Urteil 2,364 ff erweitert ebenfalls den Vermögensbegriff des § 263 StGB, indem es unter besonderen Umständen auch einem durch ein unsittliches und damit nichtiges Geschäft erworbenen Vermögen den Schutz von § 263 StGB angedeihen läßt, da auch in diesen Fällen der Betrüger strafwürdig ist also bestraft werden muß, um auch sittlich und charakterlich schwache Menschen vor derartigen Betrügereien zu schützen.

Von ähnlichen Erwägungen ist auch noch die Entscheidung 8,254 ff zu § 266 StGB getragen.

Weiter ist hier auch noch das Urteil 13,315 ff zu § 266 StGB zu nennen, sowie der Beschluß 16,1 ff (6 f) zu § 263 StGB, in dem unter anderem aus kriminalpolitischen Gründen, wie der BGH selbst erklärt, eine Ausweitung des

Begriffs der Bereicherungsabsicht vorgenommen wird.

In dem Urteil 16,330 ff dehnt der BGH, ebenfalls aus Gründen eines verstärkten Vermögensschutzes die Anwendbarkeit des § 288 StGB aus.

Endlich muß in diesem Zusammenhang auch noch der Beschluß 19,37 ff zu § 263 StGB genannt werden.

Eine weitere sehr bedeutende Gruppe innerhalb der von kriminalpolitischen Erwägungen getragenen Entscheidungen bilden die Urteile und Beschlüsse, die einen verstärkten Schutz der Sittlichkeit und des Anstands im öffentlichen und privaten Bereich bezwecken.

So dehnt der BGH den Begriff der Öffentlichkeit in den Entscheidungen 10,194 ff zu § 361, Ziff 6 StGB und 12,42 ff zu § 183 StGB sehr weit aus, indem er - in der ersten Entscheidung im Tenor, in der zweiten nur in den Urteilsgründen - sagt, daß eine Tat auch dann öffentlich begangen ist, wenn eine unbestimmte Vielzahl von Personen zwar nicht anwesend war, wohl aber hätte anwesend sein können.

Zur Begründung führt er in beiden Fällen an, daß bereits dann, wenn nur eine unbestimmte Vielzahl von Personen jederzeit anwesend sein könnte, eine unmittelbare Gefährdung der Öffentlichkeit und damit ein Angriff auf Sitte und Anstand in der Öffentlichkeit vorliegt. Diese sehr weite, dem natürlichen Sprachgebrauch widersprechende Ausdehnung des Begriffs der Öffentlichkeit, hat also nach den eigenen Worten des BGH den Zweck, auch in solchen Fällen zu einer bei einer engeren Auslegung von "Öffentlichkeit" nicht möglichen Bestrafung des Täters zu kommen, um so tunlichst zu verhindern, daß diese ihre Taten bei anderer Gelegenheit wiederholen und um andere

potentielle Täter abzuschrecken und dadurch die öffentliche Zucht und Sitte in besonders starkem Maße zu schützen.

Sehr weit faßt der BGH auch den Begriff der "Verübung von Unzucht mit einem anderen" und des "Mißbrauchs" eines anderen zur Unzucht. So heißt es in I, 168 ff zu § 176, I, Ziff 3 StGB: "Wer ein Kind dazu bestimmt, unzüchtigen Reden aufmerksam zuzuhören, kann dadurch den Tatbestand der Verleitung eines Kindes zur Verübung unzüchtiger Handlungen verwirklichen."

Zur Begründung dieser Entscheidung sagt der BGH, daß kein Grund ersichtlich sei, der es rechtfertigen könnte, das aufmerksame Beschauen eines unzüchtigen Vorgangs anders zu beurteilen als das aufmerksame Anhören unzüchtiger Äußerungen. Beides sei das geflissentliche Anteilnehmen an einem unzüchtigen Vorgang und könne daher eine unzüchtige Handlung bilden. Es sei ohne Bedeutung, ob die Anteilnahme durch das Seh- oder Hörvermögen vermittelt wird.

Diese Entscheidung dehnt § 176, I, Ziff 3 StGB wohl zu weit aus; denn wie schon aus der sehr schweren Strafdrohung dieser Vorschrift zu entnehmen ist, soll sie Kinder wohl nur gegen massivere Angriffe auf ihre geschlechtliche Ehre und Reinheit schützen. Außerdem ist das Anhören von unzüchtigen Reden ein mehr oder weniger passiver Vorgang, noch wesentlich passiver als das vom BGH zum Vergleich herangezogene Anschauen eines unzüchtigen Vorgangs. Man kann also beides nicht ohne weiteres vergleichen. Ein Vergleich hat auch deshalb wenig Wert, weil auch die Ansicht, daß das Betrachten eines unzüchtigen Vorgangs die Vornahme einer unzüchtigen Handlung sei, sich nicht zwanglos aus dem Gesetz ergibt, sondern ebenfalls erst unter dem Einfluß von Zweckgesichtspunkten aus dem Gesetz herausgeholt wurde, wie die folgenden Entscheidungen zeigen werden. So ist auch dieses Urteil eindeutig

von der kriminalpolitischen Erwägung getragen, in einem solchen Fall eine andernfalls nicht mögliche Bestrafung des Täters zu erreichen, um die Kinder, die auch durch das bloße Anhören unzüchtiger Reden für ihr ganzes Leben einen schweren seelischen Schaden erleiden können, in ihrer geschlechtlichen Reinheit ganz besonders stark zu schützen. Zu diesem Zweck legt der BGH das Gesetz in einer Weise aus, die der natürlichen Auffassung von "Verübung einer unzüchtigen Handlung" nicht entspricht. Wenn man auch das Ergebnis, zu dem der BGH in diesem Urteil kommt, begrüßen muß, so befriedigt die Begründung in keiner Weise, zumal wenn man dieses Urteil mit der bereits oben ¹⁾ zitierten Entscheidung 12,42 ff. zu § 183 StGB vergleicht, in der der BGH sagt, daß unzüchtige Äußerungen nicht unter § 183 fallen, da sie wegen ihres geringeren Unrechtsgehalts Handlungen nicht gleichgestellt werden dürften.

Auch in dem Urteil 15,87 ff. zu § 174, Ziff. 1 StGB läßt der BGH das Anhören unzüchtiger Reden durch das Opfer nicht zur Erfüllung dieses Tatbestandes genügen, obwohl weder der Wortlaut des § 174, Ziff. 1 StGB zu einer anderen Auslegung als in § 176, I StGB nötigt, noch der Unrechtsgehalt der Taten des § 174 wesentlich geringer als der des § 176 ist.

Der Vergleich des besprochenen Urteils mit diesen beiden Entscheidungen zeigt deutlich, daß der BGH sich ganz von der Strafwürdigkeit der verschiedenen Taten, wie er sie empfindet, und damit entweder von kriminalpolitischen oder von Billigkeitserwägungen leiten läßt, und deshalb dieselben gesetzlichen Begriffe in ganz verschiedener und widersprüchlicher Weise auslegt.

Das für dieses Urteil Gesagte gilt in gleicher Weise für die Entscheidung 15,118 ff. zu § 176, I, 3 StGB, die mit

1) vgl. oben S. 91 f

diesem Urteil in engem Zusammenhang steht.

Ähnlich wie in dem eben erörterten Urteil legt der BGH auch in den Entscheidungen 5,88 ff und 8,1 ff zu den §§ 175, 175 a StGB und 7,48 ff zu § 174, Ziff 1 StGB das allen diesen Strafvorschriften gemeinsame Tatbestandsmerkmal des "Unzuchttreibens" und des "Mißbrauchs zur Unzucht" aus. In allen drei Urteilen sagt der BGH, daß es für die Anwendung der entsprechenden Strafvorschrift ausreichend sei, wenn die Person, mit der Unzucht getrieben wird, nur eine unzüchtige Handlung des Täters an sich selbst oder einem Dritten betrachtet; denn es sei nur nötig, daß ihr Körper irgendwie in Mitleidenschaft gezogen werde. Das sei aber auch beim bloßen Betrachten eines unzüchtigen Vorgangs der Fall; denn damit werde eine Beziehung zwischen dem Körper dieser Person und dem des Täters geschaffen, wodurch der Körper dieser Person am gesamten unzüchtigen Vorgang teilhabe, da sie mit dem Betrachten selbst eine unzüchtige Handlung begehe.

Auch diese Urteile bezwecken ebenso wie die zuvor besprochene Entscheidung einen besonders weitgehenden und wirksamen Schutz der Sittlichkeit und wollen daher eine Bestrafung der Täter auch in solchen Fällen ermöglichen, um sie vor weiteren und möglicherweise noch schwereren Angriffen auf die Sittlichkeit abuschrecken. Insbesondere dienen diese Urteile auch wieder dem Schutz der Jugendlichen vor verderblichen Einflüssen, da das Betrachten eines unzüchtigen Vorgangs noch weit mehr als das bloße Anhören solcher Reden einen dauernden sittlichen Schaden bei Jugendlichen hervorrufen kann. Doch verläßt der BGH mit dieser sehr weiten Auslegung der §§ 174 ff StGB die in unsittlichen körperlichen Beziehungen bestehende Grundlage dieser Strafvorschriften und dehnt sie auch auf bloß geistige unsittliche Beziehungen des Täters zu den geschützten Personen aus, wenn er dies auch in dem oben schon genannten Urteil 7,48 ff ausdrücklich bestreitet. Das ist zwar vom Ergebnis her begrüßenswert, aber kaum

mehr mit dem Gesetz ohne Zuhilfenahme der Analogie zu vereinbaren.

Auch in den Entscheidungen 1,71 ff; 8,278 ff und 13,352 ff zu § 174, Ziff 1 StGB und 1,122 ff und 2,93 ff zu § 174, Ziff 2 StGB erweitert der BGH den Begriff des "Mißbrauchs zur Unzucht", allerdings in anderer Weise als in den vorhergehenden Urteilen, indem er einen Mißbrauch auch dann annimmt, wenn die "mißbrauchte" Person sich freiwillig zur Unzucht anbietet.

Diese Auslegung widerspricht zwar dem natürlichen Sprachgebrauch, eine Bestrafung des Täters ist aber auch in solchen Fällen zweckmäßig, um die in § 174 StGB genannten Überordnungs- und Betreuungsverhältnisse vor jeglichen geschlechtlichen Einflüssen zu bewahren und die geschlechtliche Freiheit der abhängigen Personen wirksam zu schützen, da ihnen oft die nötige Einsicht in die Bedeutung der Geschlechtsehre fehlen wird.

Zu § 176, I, Ziff 2 StGB entscheidet der BGH in 2,58 ff, daß diese Vorschrift nicht nur auf im klinischen Sinn geistesranke Frauen, sondern auch auf solche mit gewissen stärkeren Graden angeborenen Schwachsians anzuwenden ist, da auch diese sich nicht selbst gegen geschlechtlichen Mißbrauch schützen können.

Dieses Urteil, das gegen den Wortlaut von § 176, I, 2 StGB steht, ist offensichtlich von dem Zweck getragen, durch die Ermöglichung der Bestrafung des Täters auch geistesschwache Frauen in ihrer Geschlechtsehre zu schützen, da diese andernfalls ohne jeden Schutz blieben.

Aus ähnlichen Erwägungen kommt der BGH in dem Urteil 7,99 ff zu § 182 StGB zu dem Ergebnis, daß Verführung auch vorliegen kann, wenn das Mädchen aus Angst oder Schrecken den Beischlaf zuläßt, ihn aber innerlich ablehnt.

Es wäre ungerecht, einem solchen Mädchen den Schutz von

§ 182 StGB zu versagen, während man ihn einem Mädchen, das infolge der Verführung auch innerlich in den Beischlaf einwilligt, zubilligt. Auch dieses Urteil soll also aus Gründen eines umfassenden Schutzes minderjähriger Mädchen vor Verführung die Bestrafung des Täters ermöglichen.

Diese weite Auslegung des Begriffs "Verführen" lehnt der BGH dagegen in dem Urteil 17,63 ff zu § 175 a, Ziff 3 StGB ab, da er sie hier wegen der Vorschrift des § 175 StGB kriminalpolitisch nicht für nötig hält.

Aus dieser Begründung und dem vom BGH selbst vorgenommenen Vergleich mit der obigen Entscheidung zu § 182 StGB kann man klar erkennen, daß in 7,99 ff die weite Auslegung des Begriffs "Verführung" allein aus kriminalpolitischen Erwägungen vorgenommen wurde, nämlich um eine sonst nicht mögliche Bestrafung des Täters aus § 182 StGB zu erreichen, was übrigens der BGH in 17,63 ff (66) selbst betont.

Sehr aufschlußreich ist schließlich noch die Entscheidung 10,192 ff zu § 180, III StGB. Sie lautet: "Wird einer über 18 Jahre alten Dirne zu überhöhten Mietpreis Wohnung gewährt, so ist damit ein Ausbeuten der Dirnen auch dann verbunden, wenn ihr Liebhaber den Mietpreis entrichtet."

In den Gründen führt der BGH aus, daß in § 180, III StGB Gegenstand der Ausbeutung nicht nur der Erwerb der Dirne sei, sondern die "Person, der die Wohnung gewährt ist". Die ausbeuterische Kuppelerei richte sich daher nicht bloß gegen das Vermögen der Dirne. Der Sinn von § 180, III StGB greife weiter; er betreffe die verkuppelte Person in ihrer ganzen Lebensbetätigung, umfasse daher ohne weiteres das eigennützige Ausnutzen ihrer persönlichen Beziehungen zu anderen. Mache sich daher der Angeklagte die Geschlechtsbeziehungen der Dirne zu ihrem Liebhaber zunutze, so beute er dieses persönliche Verhältnis der Dirne aus,

auch wenn er das Wohnungsentgelt von deren Liebhaber empfangt; denn er erhält es nur als Erträgnis des unzüchtigen Verhältnisses der Dirne.

Man hat den Eindruck, diese allzu gesuchte Begründung verkehre geradezu die Tatsachen, wie sie ein unbefangener Betrachter sieht; denn der Ausgebeutete ist doch in diesem Fall eindeutig der Liebhaber der Dirne, nicht diese. Zum Begriff des Ausbeutens gehört nämlich, daß man der ausgebeuteten Person in irgendeiner Form, z.B. geldlich oder gesundheitlich, Abbruch tut. In diesem Fall erleidet aber die Dirne in keiner Weise irgendeine Einbuße, auch nicht in ihrem geschlechtlichen Verhältnis zu ihrem Liebhaber. Daher kann man auch nicht von einer Ausbeutung dieses Verhältnisses reden. Die Begründung des BGH vermag also trotz ihrer ausgeklügelten Spitzfindigkeit diese sehr weite Ausdehnung von § 180, III StGB nicht zu untermauern. Diese Auslegung von § 180, III StGB wurde vielmehr allein von dem Zweck bestimmt, auch in solchen in der Praxis außerordentlich häufig vorkommenden Fällen den Täter bestrafen zu können, um dadurch möglichst weitgehend die Förderung fremder Unzucht zu verhindern und damit die allgemeine Sittlichkeit zu schützen.

Endlich seien noch die Entscheidungen 11,94 ff zu § 180 StGB; 1,343 ff zu § 174, Ziff 1 StGB, und 4,6 ff zu §§ 171 StGB; 38 EheG besprochen, die ebenfalls durch eine entsprechende Ausdehnung der genannten Strafvorschriften einen erweiterten und verstärkten Schutz der Sittlichkeit dadurch herbeiführen, daß sie eine andernfalls nicht mögliche Bestrafung des Täters bewirken.

So sagt der BGH in dem ersten Urteil, daß der Tatbestand der Kuppelei auch dann erfüllt ist, wenn der Täter an der Unzucht, der er Vorschub leistet, selbst teilnimmt, da es in § 180 StGB nur darauf ankomme, daß der Täter zumindest auch fremde Unzucht fördert, während das Motiv der Förderung gleichgültig sei.

Im zweiten Urteil entscheidet der BGH, daß bei geschiedener Ehe auch der Elternteil, dem das Recht der Sorge für die Person des Kindes nicht zusteht, die Pflicht hat, es zu beaufsichtigen, wenn es sich bei ihm aufhält. Da sich das aus dem von Geburt an zwischen dem Kind und seinen leiblichen Eltern bestehenden Vertrauens- und Abhängigkeitsverhältnis ergebe.

Das dritte Urteil lautet schließlich: "Die Todeserklärung eines Ehegatten und die Rechtsfolge von § 38 EheG - Auflösung der ersten Ehe - stehen der Bestrafung wegen Doppelehe nicht entgegen." Die Begründung ist rein formalistisch. Der BGH sagt nämlich, daß § 171 StGB den mit Strafe bedrohe, der eine neue Ehe eingeht, bevor seine alte aufgelöst ist. Im Fall von § 38 EheG werde aber die alte Ehe erst mit Schließung der neuen aufgelöst. Außerdem fordere auch der Zweck von § 171 StGB eine Bestrafung des bösgläubigen Ehegatten.

Bei diesen drei Urteilen handelt es sich also durchaus um Entscheidungen, die noch mit dem Wortlaut der zur Begründung herangezogenen Gesetze vereinbar sind. Daß sich der BGH im Rahmen des Gesetzeswortlauts hielt, hat seinen Grund eindeutig in dem oben genannten kriminalpolitischen Zweck, den er auch mit diesen Urteilen verfolgte, nicht in einer plötzlichen "Wortlauttreue" des BGH.

Auch in den Entscheidungen 6,46 ff und 17,230 ff zu § 181-StGB befaßt sich der BGH mit dem Tatbestand der Kuppelei und stellt dabei fest, daß auch Geschlechtsverkehr zwischen Verlobten in aller Regel Unzucht sei.

Auch diese Entscheidungen sind ersichtlich von dem Bestreben getragen, die allgemeine Sittlichkeit in diesem Bereich zu wahren und zu diesem Zweck auch in solchen Fällen eine Bestrafung zu ermöglichen. Der BGH ließ sich dabei, wie er selbst betont, von dem allgemeinen Sittengesetz leiten und wollte diesem zu weiterer Geltung ver-

helfen. Gleichzeitig durchbricht er aber in 6,46 ff seine grundsätzliche Auffassung wieder und gibt Billigkeitserwägungen Raum. Diese Entscheidung zeigt daher besonders deutlich, wie der BGH aus einem Zusammenwirken verschiedener außergesetzlicher Erwägungen ein gerechtes Urteil zu fällen versucht und das Gesetz nur noch den Rahmen bildet, in den er diese Erwägungen einfügt.

Auch die Entscheidungen 13,16 ff; 15,361 ff und 16, 343 ff zu § 184, I, 3 a StGB und 13,138 ff zu § 174, Ziff 1 StGB haben einen verstärkten Schutz der Sittlichkeit zum Ziel, ebenso die Urteile 13,228 ff zu § 175 a, Ziff 3 StGB; 14,81 f zu § 176, I Ziff 1 StGB ¹⁾ und 16,175 ff zu § 173 StGB.

Als nächste Gruppe innerhalb der von kriminalpolitischen Erwägungen bestimmten Entscheidungen seien die Urteile genannt, die eine Bestrafung des Täters erreichen wollen, um dadurch eine größere Sicherheit im Verkehr zu erzielen und insbesondere die am Verkehr teilnehmenden Personen möglichst umfassend und weitgehend zu schützen.

So heißt es in dem Urteil 7,379 ff zu § 315 a, I, Ziff 1 StGB, daß ein Hindernis im Sinn von § 315 a, I, 1 StGB auch mittels eines in Bewegung befindlichen Fahrzeugs bereitet werden kann.

In der Begründung beruft sich der BGH in der Hauptsache darauf, daß der Sachverhalt, der diesem Urteil zugrunde liegt, nämlich daß ein Schmuggler durch Linksfahren ein Zollfahrzeug am Überholen hindern will, zu einer solchen Entscheidung zwingt.

Wie diese Begründung zeigt, ist dieses Urteil allein von den kriminalpolitischen Erfordernissen dieses Einzelfalls bestimmt, nämlich durch eine Bestrafung des Täters

1) Weite Ausdehnung des Begriffs: Gewalt, ähnlich wie in 1,145 ff zu § 249 StGB beim Raub

aus § 315 a, I, 1 StGB abschreckend zu wirken und so eine Gefährdung der Zolfahrzeuge in künftigen ähnlichen Fällen zu verhindern. Doch entspricht diese Auslegung des Begriffs "Hindernis" nicht einer unbefangenen, natürlichen Betrachtung und es erscheint auch sehr fraglich, ob es richtig ist, entsprechend der ganz allgemein gehaltenen Formulierung des Urteilstenors durch den BGH in jedem Fall, in dem ein in Bewegung befindliches Fahrzeug ein anderes behindert, den Täter aus § 315 a, I, 1 StGB zu bestrafen. Man denke nur an die alltägliche Verkehrspraxis, vor allem im Stadtverkehr, wo Behinderungen sehr häufig sind. In diesen Fällen jeden Täter aus § 315 a, I, 1 StGB zu bestrafen, ginge wohl zu weit. Die Gerichte tun das auch nicht. Auch der BGH schränkte seine hier vertretene Ansicht in ihrer Allgemeinheit wieder ein und spricht nur dann von einem Hindernisbereiten durch ein fahrendes Kraftfahrzeug, wenn die Absicht des Täters gerade auf die Bereitung eines Hindernisses zielte.¹⁾

In dem Beschluß 15,28 ff zu § 315 a, I, 1 StGB weicht der BGH aus kriminal- und verkehrspolitischen Gründen wieder von der eben genannten Entscheidung 7,379 ff ab und sieht in einem verkehrswidrigen Verhalten ein Hindernisbereiten, obwohl der Angeklagte keine darauf gerichtete Absicht hatte.

Als Begründung beruft er sich auf eine allzu besuchte und wenig überzeugende Unterscheidung zwischen lediglich verkehrsfremden und verkehrseindlichen Verhalten. Im ersteren Fall soll nach seiner Ansicht ein Hindernisbereiten vorliegen.

An einem Vergleich der genannten Entscheidungen zu § 315 a, I, 1 StGB sieht man, wie die Auslegung eines gesetzlichen Begriffes nur von den Bedürfnissen des Einzelfalles, also von außergesetzlichen Erwägungen bestimmt sein kann.

1) vgl. die Entscheidung 7,379 ff

In der Entscheidung 13,66 ff zu §§ 315, I und III; 316, I StGB wird festgestellt, daß das mit unverminderter Geschwindigkeit erfolgte Herannahen eines Lastzuges an einen unbeschränkten Bahnübergang ein dem Hindernis-bereiten ähnlicher Eingriff sein kann. Auch diese Ausdehnung des § 315, StGB erfolgt aus dem Bestreben, eine Bestrafung des Täters zu erreichen, um die Verkehrssicherheit zu erhöhen.

In 7,315 ff entscheidet der BGH zu § 2 StVZO, daß am Verkehr teilnimmt, wer auf einer öffentlichen Straße um zu fahren, das Trieb- oder Fahrwerk des Fahrzeugs betätigt. Ein Anfahren ist dazu nicht erforderlich.

In der Begründung verweist der BGH darauf, daß diese Auslegung des § 2 StVZO ständige Rechtsprechung sei, außerdem die Ansicht, das Fahrzeug müsse seinen Standort schon verlassen haben, dem Schutz der anderen Verkehrsteilnehmer nicht genüge.

In diesem Urteil erstrebt der BGH nach seinen eigenen Worten eine möglichst frühzeitige Bestrafung des Täters, um nach Möglichkeit die Gefahren, die für die übrigen Verkehrsteilnehmer daraus erwachsen, daß eine zum Führen von Fahrzeugen ungeeignete Person mit einem Fahrzeug fahren will, schon im Keime zu ersticken. Er geht dabei in der Auslegung des Begriffs "Teilnahme am Verkehr" sehr weit. Richtiger wäre es, in dem ~~dem~~ diesem Urteil zugrunde liegenden Sachverhalt erst einen Versuch der Teilnahme am Verkehr zu sehen. Doch damit hätte der BGH nichts erreicht, da der Versuch einer Übertretung nach § 2 StVZO nicht strafbar ist. Er mußte daher zu dieser weiten Auslegung greifen, um nicht mit der Bestrafung des Täters warten zu müssen, bis sich die in dem Verhalten des Täters liegende, unmittelbare, schwere Gefährdung der Verkehrssicherheit zu einer Verletzung derselben ausgeweitet hätte. Diese Entscheidung ist also vom Ergebnis her sehr begrüßenswert, in ihrer Begründung allerdings unbefriedigend.

Für die Verkehrspraxis von außerordentlich großer Bedeutung war das Urteil 1,309 ff zu §§ 1; 9 StVO; 222 StGB: "Der Kraftfahrer muß damit rechnen, daß der Fahrer eines entgegenkommenden Kraftfahrzeugs aufblendet, und muß seine Fahrweise rechtzeitig hierauf einrichten, namentlich die Geschwindigkeit entsprechend herabsetzen."

In den Gründen führt der BGH u.a. aus, daß andere rechtmäßige Fahrbahnbenutzer - z.B. Radfahrer, Fußgänger - häufig einer gegebenen lebensgefährlichen Verkehrslage, die sie nicht verursacht haben, ausgesetzt wären, falls man dem Kraftfahrer gestatten würde, mit unverminderter Geschwindigkeit weiterzufahren. Diese Auffassung würde einen Großteil der rechtmäßigen Wegbenutzer entrechten; sie könne daher nicht richtig sein.

Dieses Urteil dient also ebenfalls dem Schutz der übrigen Verkehrsteilnehmer vor rücksichtslosen Autofahrern. Der BGH ließ sich bei seiner Entscheidung vielleicht noch mehr als von dem Bestreben, eine Bestrafung des Angeklagten zu erreichen, von Billigkeitserwägungen zugunsten der Radfahrer und Fußgänger leiten, da es in der Tat äußerst unbillig wäre, sie schutzlos der Übermacht der Autofahrer auszuliefern. Auf der anderen Seite führt dieses Urteil aber zu unmöglichen praktischen Folgen, die aber der BGH nicht bedacht hat. Man stelle sich nur einmal eine in beiden Richtungen sehr stark befahrene Straße vor. Der Verkehr würde sich auf ihr bei konsequenter Beachtung dieses Urteils nur noch im Schrittempo fortbewegen, d.h. praktisch zusammenbrechen. Der BGH hat sich mit dieser Entscheidung an den falschen Adressaten gewandt. Der richtige Grundgedanke des Urteils, nämlich unbedingte "Gleichberechtigung" und entsprechender Schutz der übrigen Verkehrsteilnehmer, ließe sich mit den praktischen Bedürfnissen eines zügigen Autoverkehrs durchaus vereinigen, wenn der BGH bei einem aus einem plötzlichen Aufblenden eines Kraftfahrzeugs herrührenden Unfall nicht den Autofah-

rer bestrafen würde, der, geblendet, einen anderen Verkehrsteilnehmer tötet oder verletzt, sondern den, der aufgeblendet hat. Damit würde der BGH nicht nur zu einem praktischeren, sondern auch zu einem gerechteren Ergebnis gelangen. Er trägt diesem Gedanken in seiner späteren Rechtsprechung dann auch tatsächlich Rechnung, indem er den Grundsatz aufstellt, daß sich ein Autofahrer auf das verkehrsgerechte Verhalten eines entgegenkommenden Kraftfahrzeugs verlassen dürfe.

Aus dieses Urteil ist aber wieder ganz vom Einzelfall her bestimmt, nämlich von dem Bestreben, den Angeklagten zu bestrafen, weil er vielleicht dem BGH aus irgendwelchen Gründen besonders strafwürdig erschien, ohne daß die weiteren Folgen dieses Urteils bedacht wurden.

Von ähnlichen Gedanken wie das eben besprochene Urteil ist auch die Entscheidung 10,3 ff, ebenfalls zu §§ 222 StGB; § 1 StVO bestimmt.

In diesem Zusammenhang sei schließlich noch auf die Entscheidungen 6,1 ff zu §§ 315; 316, I StGB; 8,8 ff zu § 315 StGB; 11,219 ff zu § 315 a, I, Ziff 4 StGB; 10,52 ff zu §§ 30; 31 StVZO; 11,7 ff zu §§ 3, I und 4, IV StVO; 12,48 ff zu § 41, I, 1 StVO hingewiesen, ferner auf 13,226 ff zu § 24, II StVG und die damit in Verbindung stehenden Beschlüsse 14,185 ff zu § 24, I Ziff 1 und 2 und II StVG, sowie auf die Beschlüsse 14,24 ff zu §§ 1; 49 StVO; 2; 71 StVZO; 15, 357 ff zu § 35 StVO, die eng damit zusammenhängenden Beschlüsse 16,7 ff zu §§ 1; 49 StVO und die Entscheidungen 16,89 ff zu § 23, II StVO; 16,145 ff zu § 9 StVO; 16,255 ff zu § 8, III, 1 und 2 StVO; 17,101 ff zu § 22, II StVG; 17,181 ff zu §§ 1; 20, I StVO; 41, XIV StVZO; 222; 230 StGB; 17,240 ff zu § 15 StVO; 17, 289 ff zu § 35 StVO, § 38 a StVZO; 17,299 ff zu §§ 9, 13 StVO; 18,188 ff zu § 16, Ziff 8 StVO; 18,359 ff zu § 7, I, 1 StVO.

Das Urteil 15,191 ff zu §§ 1; 9 StVO, das den Vertrauensgrundsatz, wie er in 13,169 ff ausgesprochen ist, wieder einschränkt, ist ebenfalls von dem Streben nach einer größeren Verkehrssicherheit getragen.

Auch diese Urteile haben den Zweck, die Verkehrssicherheit zu fördern und dem Schutz der Verkehrsteilnehmer zu dienen. Sie wollen daher - zur Verwirklichung dieses Zwecks - durch eine entsprechende Auslegung der genannten Strafvorschriften eine andernfalls nicht mögliche Bestrafung des Täters erreichen, dadurch eine abschreckende Wirkung ausüben und andere Personen von ähnlichen Handlungen abhalten.

Ebenfalls eine eigene Gruppe innerhalb der von kriminalpolitischen Erwägungen getragenen Entscheidungen bilden die Urteile, die aus Gründen eines möglichst umfassenden Schutzes des Staates und seiner verfassungsmäßigen Organe zu einer Bestrafung des Täters gelangen wollen.

In diesem Sinn entscheidet der BGH in 6,385 ff zu §§ 100, II; 43 StGB, daß Ausspähung auch in der Form des Versuchs strafbar ist.

In den Gründen sagt der BGH zunächst, daß Ausspähung zwar eine Vorbereitungshandlung und die Meinung weit verbreitet sei, daß der Versuch einer Vorbereitungshandlung grundsätzlich nicht strafbar ist. Das stimme jedoch nicht allgemein; es komme vielmehr auf den Einzelfall an. Die Entstehungsgeschichte von § 100, II StGB spreche für die Strafbarkeit des Versuchs, ebenso sein Zweck. Es entspreche einem kriminalpolitischen Bedürfnis, schon den Versuch der Ausspähung unter Strafe zu stellen, da schon der Versuch eine erhebliche Gefährdung des Staatsschutzes herbeiführe; denn sei die Ausspähung erst einmal gelungen, werde es oft nicht mehr möglich sein, den Verrat des Geheim-

nisses zu verhindern.

In den Gründen sagt also der BGH expressis verbis, daß er von den oben genannten kriminalpolitischen Zweckmäßigkeitserwägungen zu diesem Urteil veranlaßt wurde. Der Einfluß dieser Erwägungen auf den BGH ist so stark, daß er allein aus solchen Erwägungen heraus eine bis dahin fast allgemein anerkannte Lehre, nämlich daß der Versuch von unter Strafe gestellten Vorbereitungshandlungen nicht strafbar sei, über Bord wirft. Das zeigt sehr deutlich, welchen starken Einfluß teleologische Erwägungen auf die Rechtsprechung des BGH haben.

In dem Urteil 9,142 ff zu § 94 StGB heißt es: "Absicht im Sinn von § 94 StGB ist der bestimmte, auf ein in § 94 genanntes verfassungsfeindliches Ziel gerichtete Wille."

In den Gründen führt der BGH u.a. aus, daß unter Absicht nicht in jeder Vorschrift des StGB das gleiche zu verstehen sei: § 94 StGB wolle den bewußten Feind der verfassungsmäßigen Ordnung treffen. Die Willensrichtung des Täters werde sich in der Regel für den Richter verhältnismäßig leicht feststellen lassen, nicht dagegen dessen Beweggrund, da derartige Täter oft Vorwände wie "Frieden", "Freiheit" usw. brächten. Würde man daher "Absicht" in § 94 StGB als Beweggrund verstehen, so würde § 94 StGB aufhören, ein geeignetes Mittel zur Bekämpfung von Staatsfeinden zu sein, und damit seinen Zweck verfehlen.

Der BGH will mit diesem Urteil nach seinen eigenen Worten verhindern, daß sich ein Täter durch Vortäuschung irgendwelcher anderer als der in § 94 StGB genannten Absichten der schärferen Bestrafung aus § 94 entzieht. Ob dazu wirklich die vom Standpunkt der Einheitlichkeit und Klarheit der Strafrechtsordnung sehr bedauerliche Schaffung eines neuen Begriffsinhalts für "Absicht" nötig war, ist zumindest fraglich. Durch eine geschickte Verhandlungsführung dürfte es wohl auch gelingen, den wahren

Beweggrund des Täters ausfindig zu machen. Doch wir sehen, daß der BGH zur leichteren und sichereren Erreichung der von ihm verfolgten Zwecke auch nicht davor zurückschreckt, anerkannten Begriffen des StGB einfach einen anderen Sinn unterzuschieben.

Zu derselben Auslegung des Begriffs "Absicht" kommt der PGH in den Entscheidungen 10,163 ff; 11,171 ff; 15,155 ff zu § 92 StGB.

In dem Urteil 18,246 ff zu §§ 92; 100 d, II StGB schränkt der BGH aus Billigkeitsgründen diese sehr weite Auslegung des Begriffs "Absicht" wieder ein.

Im Anschluß an das eben besprochene Urteil muß noch auf die Entscheidungen 7,234 ff zu § 100, I StGB und 8,102 ff zu § 80, I, Ziff 1 StGB hingewiesen werden, wo es heißt, daß die militärisch auswertbare Zusammenstellung der Einzelheiten eines größeren - allgemein zugänglichen - Straßenabschnittes ein Staatsgeheimnis oder daß der Massen- und Generalstreik Gewalt im Sinn des § 80, I, 1 StGB sein kann.

Beide Urteile haben ebenfalls den Zweck, aus Gründen eines verstärkten Staatsschutzes die Bestrafung des Täters zu ermöglichen.

Aus dem gleichen Grund kommt der BGH in dem Urteil 15,17 f zu § 99 StGB zu einer ähnlichen Auslegung des Begriffs "Staatsgeheimnis".

In den Entscheidungen 15,167 ff (172 ff); 16,15 ff; 16,26 ff zu §§ 90 a; 92 StGB legt der BGH den Begriff der verfassungsfeindlichen Vereinigung aus Gründen eines verstärkten Staatsschutzes weit aus.

Auch die Urteile 16,264 ff zu §§ 42, 47 BVerfGG sind von dem Bestreben nach erhöhtem Schutz des Staates

und des politischen Lebens vor kommunistischem Einfluß getragen.

Die folgenden Urteile sind in besonderem Maße auf die Reinheit der öffentlichen Verwaltung und ihre Freiheit vor sachfremden Einflüssen bedacht und erstreben deshalb durch eine entsprechende Ausdehnung der fraglichen Strafvorschriften eine Bestrafung des Täters.

So entscheidet der BGH in 3,143 ff zu §§ 331, 332 StGB: "Kann ein Beamter nach freiem Belieben darüber befinden, ob er dienstlich tätig werden will, so erfüllt die Käuflichmachung einer solchen Amtshandlung, wenn sie zulässig und für sich gesehen nicht pflichtwidrig ist, nur den Tatbestand der einfachen Bestechlichkeit."

In den Gründen führt der BGH u.a. aus, daß es für die Anwendung von § 331 StGB genüge, daß die Handlung ihrer Natur nach zu dem Amt oder dem Dienst des Beamten in einer inneren Beziehung stehe und nicht völlig außerhalb seines Aufgabenkreises liege; zu seinen regelmäßigen Aufgaben brauche sie nicht zu gehören. Es sei daher unerheblich, ob die Handlung im Einzelfall durch die Amtspflicht geboten ist.

Hier legt also der BGH den Begriff der "in das Amt einschlagenden Handlung" sehr weit aus, um auch in solchen Fällen die Beamten bestrafen und so die Verwaltungstätigkeit möglichst umfassend von sachfremden Einflüssen rein halten zu können. Dieses Urteil bildet wieder einmal einen Fall, in dem sich der BGH im Rahmen des Gesetzeswortlauts hält, aber trotzdem zu seiner Entscheidung nicht nur durch diesen Wortlaut, sondern hauptsächlich durch Zweckgesichtspunkte veranlaßt wurde.

Auch in dem Urteil 10,237 ff dehnt der BGH die §§ 331, 332 StGB - allerdings in anderer Weise als in der

eben besprochenen Entscheidung - aus, indem er sagt:
"Die Bestechlichkeit in Form des Forderns von Vorteilen setzt nicht voraus, daß der Aufgeforderte den Zusammenhang zwischen Amtshandlung und Vorteil erkennt oder wenigstens nach seiner Auffassungsgabe erkennen kann; es genügt vielmehr, daß der Beamte die Forderung mit dem dem (auch nur bedingten) Willen stellt, daß der andere Beteiligte den Zusammenhang erkennt."

In der Begründung führt der BGH u.a. aus, daß es nicht der Auffassungsgabe, also dem Zufall überlassen bleiben dürfe, ob der andere die Forderung überschaut, also der Beamte strafbar ist. Das umso weniger, als Beamten erfahrungsgemäß ihre Forderungen häufig in versteckter Form, aber mit obigem Willen stellten.

Diese Begründung zeigt, daß auch dieses Urteil, das sich ebenfalls wieder im Rahmen des Gesetzeswortlauts hält, in Wahrheit entscheidend von der Erwägung getragen ist, diese andernfalls nicht strafbaren, aber ziemlich häufig vorkommenden Fälle strafrechtlich zu erfassen, um auch in diesem Bereich die Bestechlichkeit soweit wie möglich einzudämmen. Der BGH weicht mit diesem Urteil von der Rechtsprechung zum "Annehmen" und "Sich-Versprechen-Lassen" ab.

Von derselben Erwägung sind die inhaltlich diesem Urteil sehr ähnlichen Entscheidungen 15,88 ff und 15,184 f zu §§ 332, 333 StGB getragen.

Auch die Entscheidung 11,348 ff zu § 335 StGB muß hier noch genannt werden. Sie lautet: "Erhält ein Beamter noch nach seinem Ausscheiden aus dem Beamtenverhältnis Vorteile für seine frühere Bestechlichkeit, dann verfallen auch solche Vorteile über § 335 StGB in gleicher Weise dem Staat wie die im Amt empfangenen."

Dieses Urteil will also vermeiden, daß einem Beamten trotz

vorhergehender Bestrafung die Vorteile aus der Bestechung verblieben; denn damit wäre der Bestrafung ein Großteil ihrer Wirkung genommen und dem Bestechungsunwesen unter geschickten Beteiligten wäre Tür und Tor geöffnet. Dadurch daß dieses Urteil die Möglichkeit der Verhängung der in § 335 StGB festgesetzten Nebenstrafen erweitert, wirkt es in erheblichem Maße abschreckend und dient so der Reinheit der öffentlichen Verwaltung.

Auch das Urteil 15,185 ff zu §§331 ff gehört noch in diesen Zusammenhang.

Die folgende Gruppe von Entscheidungen ist in besonderem Maße auf das Ziel hin ausgerichtet, den Rechtsverkehr vor Täuschungen durch falsche Urkunden zu bewahren. So entscheidet der BGH in 5,291 ff zu § 267 StGB, daß eine unechte Urkunde im Sinn von § 267 StGB dadurch gebraucht werden kann, daß eine Fotokopie davon vorgelegt wird, da diese unmittelbar die sinnliche Wahrnehmung der abgebildeten gefälschten Urkunde ermöglicht.

Dieses Urteil will also aus dem oben genannten Grund auch die Täter erfassen, die sich der modernen technischen Hilfsmittel zur Vervielfältigung einer falschen Urkunde bedienen; denn es wäre untragbar für den Rechtsverkehr und außerdem rein formalistisch, wenn in solchen Fällen eine Bestrafung des Täters unmöglich wäre.

In unmittelbarem Anschluß an dieses Urteil sei auf die Entscheidungen 9,235 ff und 16,94 ff zu § 267 StGB verweisen, die zwar auch der Bewahrung des Rechtsverkehrs vor gefälschten Urkunden dient, darüber hinaus aber in erster Linie auch dem verstärkten Eigentumsschutz, daher auch zu der bereits oben ¹⁾ besprochenen Gruppe von Entscheidungen gehört.

1) vgl. oben S. 78 ff

Auch die Entscheidungen 7,149 ff; 9,44 ff und 17,11 ff zu § 267 StGB, die den Begriff des "Ausstellers" einer Urkunde erweitern, müssen hier noch genannt werden.

Schließlich sei auch noch auf das Urteil 17,97 ff zu § 267 StGB hingewiesen.

Bei den nun folgenden Urteilen handelt es sich um Einzelentscheidungen, d.h. um solche, die zwar ebenfalls eine Bestrafung des Täters erreichen wollen, um ein bestimmtes Rechtsgut in besonderer Weise zu schützen, die aber nicht in den Zusammenhang einer umfassenderen Gruppe eingeordnet werden können, da es in Beziehung auf das jeweils geschützte Rechtsgut nur eine oder wenige maßgebend von kriminalpolitischen Erwägungen getragene Entscheidungen gibt. Im folgenden sollen nur einige besonders instruktive Urteile ausführlicher besprochen werden. Auf die anderen wird nur kurz verwiesen.

Zu § 147 StGB entscheidet der BGH in 3,154 ff, daß sich Falschgeld verschafft im Sinn von § 147 StGB, wer es in seinen Besitz oder sonstwie in seine Verfügungsgewalt bringt. Eine besondere Tätigkeit ist hierfür nicht erforderlich. Die bloße Annahme des Geldes genügt, wenn der Empfänger hierbei ein Besitzverhältnis oder eine Verfügungsgewalt begründet. Dieses Urteil wurde zweifellos von der Erwägung bestimmt, möglichst alle Falschgeldverbreiter strafrechtlich zu erfassen, um die Währung so weit wie möglich zu schützen. Die Auslegung von "sich verschaffen" widerspricht allerdings dem unbefangenen Sprachgebrauch, da man normalerweise darunter eine aus eigenem Antrieb erfolgende, auf den Erwerb eines Gutes gerichtete Tätigkeit versteht.

Ebenfalls von großer praktischer Bedeutung ist das

Urteil 4,161 ff zu § 113 StGB. Es lautet: "Die Rechtmäßigkeit der Vollstreckungshandlung ist kein Tatbestandsmerkmal von § 113 StGB, sondern nur eine Bedingung der Strafbarkeit, auf die sich der Tätervorsatz nicht zu erstrecken braucht und ein rechtserheblicher Irrtum des Täters nicht erstrecken kann."

Dieses Urteil bürdet also, wie der BGH in der Begründung selbst sagt, das Risiko des Widerstandes dem Widerstehenden auf, um die staatlichen Vollzugsbeamten in ihrer Entscheidungskraft zu unterstützen. Bei anderer Auslegung würde § 113 StGB auch weitgehend seine praktische Brauchbarkeit verlieren, da sich dann der Widerstehende fast immer sehr leicht auf einen Irrtum über die Rechtmäßigkeit der Vollstreckungshandlung hinausreden könnte. Diese Entscheidung will also in jedem Fall des Widerstandes gegen eine rechtmäßige Vollstreckungshandlung eine Bestrafung des Täters ermöglichen. Sie geht allerdings dabei zu einseitig von den Belangen des Staates aus.

Zu § 185 StGB entscheidet der BGH in 9,17 ff, daß es für eine durch Weitergabe von Aktlichtbildern an einen Dritten begangene Beleidigung genügt, daß die Erscheinung der abgebildeten Person diesem im wesentlichen aus dem Bild erkennbar ist.

Dieses Urteil will die Ehre in möglichst umfassender Weise schützen, da sie besonders leicht verletzt werden kann, und außerdem, wie der BGH in den Urteilsgründen ausdrücklich sagt, in solchen Fällen ein besonderes Bedürfnis nach Rechtsschutz gegeben ist, weil es sich dabei um eine besonders grobe Mißachtung der beleidigten Person handelt.

Schließlich sei in diesem Zusammenhang noch auf die Entscheidungen 7,112 ff zu §§ 222; 142 StGB; 3,349 ff zu § 357, I StGB; 2,242 ff zu §§ 218; 54 StGB; 9,140 ff zu § 166 StGB; 6,147 ff; 13,162 ff; 14,213 ff; 17,166 ff (171)

zu § 330 c StGB; 13,207 ff zu § 303 StGB; 13,219 ff zu § 164, I StGB; 13,241 ff zu § 360, Ziff 11 StGB; 14,165 ff zu § 170 b StGB; 14,314 ff zu § 239, I StGB; 15,210 ff zu §§ 43; 346 StGB; 16,316 ff zu §§ 239 a; 251; 255; 73 StGB; 17,210 ff zu §§ 223; 230 StGB; 267 StPO; 18,102 ff zu § 170 c StGB; 18,133 ff zu § 113 StGB; 18,389 ff und 19,263 ff zu § 240 StGB; 19,101 ff zu § 302 StPO; §§ 177; 178; 211; 73 StGB; und die in anderem Zusammenhang bereits erwähnten Urteile 7,147 ff zu § 154 StGB ¹⁾ und 4,144 ff; 14,89 ff und 14,213 ff (217 f) zu § 142 StGB ²⁾ hingewiesen.

Auch sie alle erstreben einen verstärkten Schutz der in den eben zitierten Paragraphen enthaltenen Rechtsgüter und wollen aus diesem Grunde eine Bestrafung des Täters ermöglichen.

2.) Alle die bisher besprochenen, von kriminalpolitischen Erwägungen getragenen Entscheidungen hatten den Zweck, eine Bestrafung des Täters möglich zu machen, um dadurch die in den einzelnen zur Begründung der jeweiligen Entscheidung herangezogenen Strafrechtsnormen enthaltenen Rechtsgüter in noch umfassenderer und wirksamerer Weise zu sichern, als dies nach dem bloßen Gesetzeswortlaut möglich gewesen wäre. Diese Urteile konnten diesen Zweck notwendigerweise nur durch eine ausdehnende Auslegung der im StGB oder anderen Gesetzen enthaltenen besonderen Strafvorschriften erreichen. In dem nun folgenden Abschnitt der von kriminalpolitischen Erwägungen beeinflussten Entscheidungen sollen diejenige Urteile besprochen werden, die durch eine Erweiterung der allgemeinen, für alle besonderen Strafvorschriften verbindlichen Rechtsnormen oder Rechtsgrundsätze eine Bestrafung des Täters ermöglichen, die sich also nicht im erweiterten Schutz irgendeines bestimmten Rechtsgutes erschöpfen. Es handelt

1) vgl. oben S. 34 f

2) vgl. oben S. 42

sich dabei zwar auch um Urteile, die zu einem ganz konkreten Einzelfall ergingen, also sich insofern auch auf ein bestimmtes Rechtsgut beziehen. Doch entwickelt der BGH anhand dieser Einzelfälle allgemeine, für das ganze Strafrecht geltende, zur Bestrafung des Täters führende Grundsätze.

Die nun folgenden Beispiele werden das soeben Gesagte verdeutlichen.

Wohl die wichtigste Entscheidung in diesem Rahmen ist der Beschluß 2,194 ff zu §§ 240; 59 StGB, da er u.a. auch aus kriminalpolitischen Erwägungen heraus einen ganz neuen Aufbau der Schuldlehre gebracht hat. Er lautet: "Bei § 240 StGB muß der Täter die Tatumstände von § 240, I StGB, zu denen die Rechtswidrigkeit nicht gehört, kennen und außerdem das Bewußtsein haben oder bei gehöriger Anspannung des Gewissens haben können, mit der Nötigung Unrecht zu tun."

In den Gründen sagt der BGH u.a., gegen die Vorsatztheorie die das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit zum Vorsatz rechnet, spreche, daß der Täter im Augenblick der Tatverwirklichung oft das Unrechtsbewußtsein nicht habe, da er oft in starker Gemütsbewegung handle, und daher oft gerade bei schweren Taten bestenfalls wegen Fahrlässigkeit bestraft werden könne, oder man ihm das in Wirklichkeit nicht vorhanden gewesene Unrechtsbewußtsein unterschieben müsse. Ebenso versage die Vorsatztheorie bei Überzeugungstätern und Gewohnheitsverbrechern, die beide das Unrechtsbewußtsein nicht hätten. Da in solchen Fällen die Täter überhaupt nur dann bestraft werden könnten, wenn auch die fahrlässige Begehung der Tat strafbar wäre, würde die konsequente Durchführung der Vorsatztheorie zu kriminalpolitisch höchst unerwünschten Ergebnissen und zu einer sachlich nicht gerechtfertigten Beschränkung der Strafbarkeit führen.

Auf die Kritik, die an der in diesem Urteil vom BGH ent-

wickelten Schuldtheorie geübt wird, soll hier nicht näher eingegangen werden. Es genügt, darauf hinzuweisen, zu welchen durchgreifenden Neuerungen sich der BGH nach seiner eigenen Aussage infolge kriminalpolitischer Erwägungen bewegen läßt.

Im Anschluß hieran muß sogleich der Beschluß 16,155 ff zu § 59 StGB genannt werden, der ebenfalls aus kriminalpolitischen Erwägungen heraus (15,159 f) die Schuldtheorie auf die unechten Unterlassungsdelikte anwendet.

Auch in 8,137 ff zu §§ 48, 59 StGB befaßt sich der BGH mit den Erfordernissen des Vorsatzes und der Frage des Irrtums, indem er sagt: "Der Umstand, daß ein Mittelsmann den Sachverhalt nicht überschaut und deshalb bei der Bestimmung des Nachmanns seinerseits nicht vorsätzlich handelt, hebt die Verantwortlichkeit des Vormanns wegen mittelbarer Anstiftung auch dann nicht auf, wenn der Vormann annimmt, der Mittelsmann überschau den Sachverhalt."

Auch dieses Urteil hat ersichtlich den Zweck, in derartigen Fällen unter allen Umständen zu einer Bestrafung des "mittelbaren Anstifters" zu kommen; denn bei streng logischer Argumentation könnte man bei einem solchen Sachverhalt den Täter weder wegen Anstiftung noch wegen mittelbarer Täterschaft bestrafen; das wäre aber ein höchst unbefriedigendes Ergebnis, da sich dann der Täter fast immer darauf hinausreden könnte, er habe geglaubt, der Mittelsmann überschau den Sachverhalt.

In dem Urteil 6,131 ff zu §§ 1, 330 StGB entscheidet der BGH, daß unter ganz bestimmten, in diesem Urteil näher umrissenen Voraussetzungen bei Vergehen, die keinen Hinweis auf die Schuldform enthalten, auch die fahrlässige Begehung strafbar ist. Dieses Urteil ist ebenfalls von kriminalpolitischen Erwä-

gungen getragen, was besonders gut der konkrete, hier vom BGH entschiedene Fall zeigt, in dem der BGH auch fahrlässige Verstöße gegen die Regeln der Baukunst unter Strafe stellt, da sie im Leben weit häufiger vorkommen als vorsätzlich falsches Bauen.

Mit einer möglichst weiten Vorverlegung der Grenze zwischen Vorbereitungshandlung und Versuch befassen sich die beiden Beschlüsse 6,302 ff zu den §§ 176, I, Ziff 3 in Verbindung mit 43 StGB und 12,54 f zu §§ 4, Ziff 2 in Verbindung mit 11, II LebMG, in denen der BGH sagt, daß in der Verabredung des Täters mit dem Kind, das er bei einem späteren Zusammentreffen zu unzüchtigen Handlungen bestimmen will, schon der Beginn des Verleitens liegt oder - im Fall der zweiten Entscheidung - daß, im Verbringen von verdorbenem Fleisch vom Erwerbssort zur Gaststätte schon ein Versuch des Feilhaltens zu sehen ist.

Obwohl zwischen diesen beiden Urteilen zunächst überhaupt keine nähere Beziehung zu bestehen scheint, ist doch ihre gemeinsame, vom BGH zwar nicht ausdrücklich ausgesprochene, aber sich eindeutig aus den Urteilsgründen ergebende Quintessenz, daß der Versuch umso weiter in den Bereich der Vorbereitungshandlung vorge-schoben werden soll und muß, je leichter ein Rechtsgut gefährdet werden und sich diese Gefährdung in einer Verletzung umwandeln kann. Insofern haben also auch diese beiden Entscheidungen eine über den abgeurteilten Einzelfall hinausreichende, für das gesamte Strafrecht maßgebende kriminalpolitische Bedeutung.

Zur Frage der Einwilligung nach § 226 a StGB sagt der BGH in 4,88 ff und 12,382 f, daß eine rechtswirksame Einwilligung nur vorliege, wenn der Einwilligende eine

zutreffende Vorstellung von der Tragweite seiner Erklärung hatte.

Auch diese Urteile haben über das Gebiet der Körperverletzung hinaus Bedeutung für das gesamte Strafrecht, da der Grundgedanke von § 226 a StGB für den Gesamtbereich der strafrechtlichen Verantwortlichkeit Geltung hat. Beide Urteile wollen verhindern, daß der Angreifer unter Berufung auf eine nur formal erteilte Einwilligung des Angegriffenen, die darauf beruht, daß dieser das Für und Wider der Einwilligung und die möglichen Folgen des Angriffs gar nicht richtig erkannt hat, einer Bestrafung entgeht.

Auch die Entscheidungen 4,56 ff; 13,156 f und 9,48 ff befassen sich wie die zwei eben besprochenen Urteile damit, die Möglichkeit, straffrei zu bleiben, für einen Täter, der an sich den Tatbestand einer strafbaren Handlung gesetzt hat, einzuschränken, indem sie den Anwendungsbereich von § 46, Ziff 1 StGB einengen.

In den ersten beiden Urteilen heißt es, daß der Rücktritt vom Versuch dann nicht freiwillig sei, wenn der Täter die Ausführung des Diebstahls oder Raubes aufgibt, weil die vorgefundenen Sachen der Menge oder dem Wert nach nicht der erhofften Beute entsprechen. Im dritten Urteil wird die Freiwilligkeit des Rücktritts verneint, wenn der Täter von einem Notzuchsversuch abläßt, weil die überfallene Frau ihn wider Erwarten kennt.

Das Gemeinsame und für alle Fälle des Rücktritts vom Versuch Bedeutsame dieser beiden Entscheidungen liegt darin, daß unter den "vom Willen des Täters unabhängigen Umständen" im Sinn von § 46,1 StGB auch solche zu verstehen sind, die einen entsprechenden, auf Aufgabe der Tat gerichteten Entschluß im Täter hervorrufen, und nicht nur solche, die die Tat objektiv unmöglich machen, da nach den Worten des EGH nur dann von einer "Aufgabe" der Tatausführung durch den Täter gesprochen werden kann. Die Gegenmeinung

lasse außerdem Fälle straflos, in denen der Versuch strafwürdig bleibe. Die Abgrenzung, die hier der BGH zwischen Freiwilligkeit und Unfreiwilligkeit vornimmt, ist mehr oder weniger willkürlich, vom Gefühl her bestimmt, außerdem so unbestimmt, daß sie kaum brauchbar ist. Aus diesem Grund wird sie auch von einem Teil der Lehre abgelehnt. Damit hält sich der BGH auch für die Fälle des Rücktritts vom Versuch alle Möglichkeiten einer Bestrafung offen. Je nachdem wie strafwürdig ein Täter dem BGH erscheint, soll der Versuch bestraft werden können oder nicht. Diese beiden Urteile sind also, wie ja auch der BGH selbst betont, ganz von kriminalpolitischen Erwägungen getragen und haben eine außerordentlich große Bedeutung für das gesamte Strafrecht..

Schließlich müssen auch noch die Urteile 9,390 ff und 16,187 ff zu § 330 a StGB in diesem Zusammenhang genannt werden, da sie besonders klar und eindeutig einen kriminalpolitischen Zweck verfolgen und für das gesamte Strafrecht bedeutsam sind. In dem ersten Urteil sagt der BGH, daß der Täter aus § 330 a StGB zu verurteilen ist, wenn zweifelhaft bleibt, ob der verschuldete Rausch die Zurechnungsfähigkeit des Täters ausgeschlossen oder nur erheblich vermindert hat.

In den Gründen führt er u.a. aus, daß ein kriminalpolitisches Bedürfnis bestehe, einem Täter, dessen Zurechnungsfähigkeit nicht zweifelsfrei festgestellt werden kann, zu bestrafen. § 330 a StGB sollte eine Lücke schließen. Seine Anwendung dürfe also nicht auf Fälle erwiesener Zurechnungsfähigkeit beschränkt werden. Nach seinem Sinn wolle er vielmehr alle Fälle treffen, in denen der Richter nicht feststellen kann, ob der Täter volltrunken oder nur angetrunken war. § 330 a StGB sei also ein Auffangtatbestand.

Auch das zweite Urteil ist von ähnlichen Erwägungen ge-

tragen.

Der BGH spricht selbst von dem kriminalpolitischen Bedürfnis, auf jeden Fall zu einer Bestrafung des Täters zu kommen. Allein dieses Bedürfnis hat ihn zu der obigen Entscheidung veranlaßt; denn die Begründung - nämlich daß § 330 a StGB ein Auffangtatbestand sei - ist alles andere als zwingend. Der BGH verwendet vielmehr diesen, im Gesetz nirgends zu findenden Begriff des Auffangtatbestandes nur deshalb, um diese Entscheidung, die im Gesetz keine Grundlage hat, irgendeinen Anschein von Gesetzmäßigkeit zu geben.

Auch das Urteil 15,266 ff zu § 267, I StPO ist für das gesamte Strafrecht wichtig, indem es aus kriminalpolitischen Gründen die Zulässigkeit der Wahlfeststellung erweitert.

Auch das Urteil 19,167 ff zu §§ 211; 47 StGB stellt aus kriminalpolitischen Gründen den für das gesamte Strafrecht bedeutenden Grundsatz auf, daß auch Kinder gegenüber ihren Eltern eine Garantenstellung haben, aus der eine Rechtspflicht zum Handeln bei unechten Unterlassungsdelikten folgen kann.

Das Urteil 19,188 ff zu § 54 DAG und §§ 267; 348, II StGB gehört ebenfalls noch in diesen Zusammenhang.

In diesem Rahmen sei schließlich noch auf die Entscheidung 9,67 ff zu §§ 151, I, 1 GewO; 26 StVG hingewiesen, die zu dem Ergebnis kommt, daß unter "Übertreten" in § 151, I, 1 GewO allgemein die Verletzung einer Rechtsnorm zu verstehen ist, also auch Vergehen darunter fallen; denn eine an Zweckgesichtspunkten ausgerichtete Gesetzesauslegung führe zu diesem Ergebnis. Es wäre auch sinnwidrig, wenn § 151 GewO nur auf leichtere Straftaten, nämlich Übertretungen nicht dagegen auf die schwereren Vergehen anwendbar wäre, bei denen das Bedürfnis

auf Anwendung von § 151 GewO noch viel stärker sei.

Mit diesem Urteil verfolgt der BGH also den Zweck, durch eine Ausdehnung von § 151 GewO auf den gesamten Bereich der strafrechtlichen Haftung im Rahmen der GewO zu einer andernfalls nicht möglichen Bestrafung des Täters auch bei Vergehen und Verbrechen zu gelangen. Dieses Urteil ist daher im gesamten Bereich der GewO von höchster kriminalpolitischer Bedeutung.

II. Die bisher besprochenen, durch kriminalpolitische Gesichtspunkte bestimmten Entscheidungen zielten alle darauf ab, überhaupt eine Bestrafung des Angeklagten zu ermöglichen. Nun sollen noch einige Urteile erörtert werden, die eine härtere Bestrafung des Angeklagten bezwecken. Auch hier kann man wieder unterscheiden, zwischen Fällen, in denen der BGH den verstärkten oder erweiterten Schutz eines ganz konkreten Rechtsgutes beabsichtigt und daher den Angeklagten härter bestrafen will und solchen Fällen, in denen er ganz allgemein für den Gesamtbereich des Strafrechts unter bestimmten Voraussetzungen eine schärfere Bestrafung des Täters ermöglichen will. Das erste Ziel erreicht er vor allem dadurch, daß er anstelle oder neben einer milderen Strafvorschrift ein Gesetz mit einer schärferen Strafdrohung, also insbesondere eine Qualifizierung anstelle eines Grundtatbestandes anwendet, indem er die schärfere Norm unter dem Einfluß der genannten kriminalpolitischen Erwägungen soweit ausdehnt, daß auch der konkrete zur Aburteilung anstehende Einzelfall davon erfaßt wird; das zweite Ziel verwirklicht er dadurch, daß er so wie bei den eben besprochenen Entscheidungen bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen allgemeine für den Gesamtbereich des Strafrechts geltende Vorschriften oder Grundgedanken, die eine schärfere Bestrafung zulassen auf Fälle ausdehnt, die ansich schon einer leichteren Straf-

drohung unterfallen.

1.) So erweitert der BGH z.B. in einigen Fällen die Anwendbarkeit von § 243 StGB in seinen verschiedenen Alternativen, um dadurch den Täter, der andernfalls nur der mildereren Strafdrohung von § 242 StGB unterliegen würde, härter bestrafen zu können und so das Eigentum in verstärktem Maße zu schützen, was er in den oben ¹⁾ besprochenen Urteilen und Beschlüssen dadurch erreichte, daß er eine sonst nicht durchführbare Bestrafung des Täters überhaupt erst ermöglichte.

Aus dieser Gruppe von Entscheidungen, die sich mit der Ausdehnung von § 243 StGB befassen, sei hier nur ein besonders instruktives Urteil herausgegriffen und besprochen.

In 5,205 ff entscheidet der BGH zu § 243, I, Ziff 3 StGB, daß eine Person, die ein Kraftfahrzeug entwendet, indem sie die verschlossenen Türen mit Nachschlüsseln öffnet, schweren Diebstahl nach § 243, I, Ziff 3 StGB begeht.

Die wesentliche Begründung, die der BGH dafür gibt, besteht darin, daß in § 243, I, Ziff 3 StGB im Gegensatz zu § 243, I, Ziff 2 StGB nicht davon die Rede sei, daß aus einem umschlossenen Raum gestohlen werden muß. Es genüge also für § 243, I Ziff 3 StGB, daß der falsche Schlüssel als Mittel zur Ausführung und Vollendung des Diebstahls benutzt werde.

Hier kommt der BGH mit einer sehr formalistischen Begründung zu einem zumindest sehr fragwürdigen Ergebnis. Wohl wird dieses Urteil vom Wortlaut des § 243, I Ziff 3 StGB gedeckt, allerdings nach dem Sinn dieser Vorschrift wohl nur mit der Einschränkung, daß § 243, I, Ziff 3 StGB nur anwendbar ist, wenn aus einem umschlossenen Raum mittels Nachschlüsseln gestohlen und nicht, wenn der ganze

1) vgl. oben S. 78 ff

umschlossene Raum entwendet wird. Das führt zu dem merkwürdigen, unbefriedigenden und ungerechten Ergebnis, daß ein Autodieb, der das ganze Auto mittels Aufbrechens einer Türe oder eines Fensters stiehlt, wegen des Wortlauts von § 243, I, Ziff 2 StGB nur wegen einfachen Diebstahls bestraft werden kann, derjenige dagegen, der es in oben genannter Weise entwendet, sich eines schweren Diebstahls schuldig macht. Es wäre also in diesem Fall besser gewesen, der BGH hätte sich auch hier auf den Sinn des Gesetzes berufen, was er sonst in sehr großzügiger Weise tut, und hätte den Wortlaut von § 243, I, Ziff 3 StGB einengend ausgelegt. Doch auch dieses Urteil beruht nicht darauf, daß der BGH sich plötzlich an den Wortlaut des Gesetzes gebunden fühlt, sondern darauf, daß er mit dieser Begründung seine in Wirklichkeit ausschlaggebenden kriminalpolitischen Erwägungen verdecken wollte. Dieses Urteil hat nämlich ersichtlich den Zweck, die immer mehr überhand nehmenden Autodiebstähle soweit, wie es gesetzlich möglich ist, schärfer zu bestrafen, um sie dadurch einzudämmen. Das ist der wahre Grund dieses Urteils und nicht eine Treue zum Gesetzeswortlaut.

Aus ähnlichen kriminalpolitischen Erwägungen erweitern die Entscheidungen 1,158 ff zu § 243, I, Ziff 2 StGB; 13,15 f und 14,291 ff zu § 243, I, Ziff 3 StGB; 2,260 ff und 3,312 ff zu § 243, I, Ziff 4 StGB den Anwendungsbereich dieser Gesetzesbestimmungen.

Auch das Urteil 3,300 ff gehört in diesen Zusammenhang. Es enthält eine sehr weite Ausdehnung von § 17 UnedelMetG, die der BGH nach seinen eigenen Worten aus kriminalpolitischen Erwägungen vornahm, nämlich um die zahlreichen Metalldiebstähle von Baustellen einzudämmen. Die eigentliche Begründung allerdings, die der BGH für dieses Urteil gibt, ist ebenfalls wieder sehr gesucht und nicht überzeugend.

Auch die Entscheidungen 5,378 ff; 7,134 ff und 13,403 ff zu §§ 259; 242; 48; 49 StGB wollen aus Gründen eines verstärkten Eigentumsschutzes eine härtere Bestrafung des Täters ermöglichen, indem in ihnen der BGH sagt, daß auch ein Teilnehmer am Diebstahl sich der Hehlerei an den gestohlenen Sachen schuldig machen kann. Während er in dem ersten Urteil noch daran festhält, daß der Teilnehmer am Diebstahl noch keine unmittelbare Zueignungsabsicht bei Begehung des Diebstahls haben dürfe, um auch wegen Hehlerei strafbar zu sein, sagt er in dem zweiten Urteil, daß eine Bestrafung wegen Hehlerei auch dann möglich sei, wenn der Teilnehmer am Diebstahl bereits bei der Teilnahmehandlung auf Beute abzieht.

Mit diesen Entscheidungen durchbricht demnach der BGH die Lehre von der straflosen Nachtat, auch wenn er das in den Gründen der ersten Entscheidung bestreitet. Dies geht aber schon daraus hervor, daß er noch in den Entscheidungen 2,315 ff und 4,41 ff unter Berufung auf die Lehre von der straflosen Nachtat eine Bestrafung des Teilnehmers am Diebstahl wegen Hehlerei ablehnte. Den Grund dafür gibt er selbst an, indem er in der Begründung der zweiten Entscheidung sagt, daß dringende kriminalpolitische Bedürfnisse die obigen Entscheidungen fordern, nämlich um vor allem auch in den Fällen, in denen der Teilnehmer am Diebstahl gewerbsmäßige Hehlerei begeht, diesen aus der schärferen Strafvorschrift des § 260 StGB bestrafen zu können, da nur so die Gesamttat bei der Zumessung der Strafe voll berücksichtigt werden könne. Diese Entscheidungen beruhen daher nach den eigenen Worten des BGH ganz entscheidend auf kriminalpolitischen Erwägungen.

Auch auf das Urteil 2,360 ff zu §§ 49 a; 244 StGB sei hier noch verwiesen. Auch mit ihm bezweckt der BGH einen verstärkten Schutz des Eigentums und eröffnet daher

die Möglichkeit einer schärferen Bestrafung des Täters, indem er sagt, daß eine nach § 49 a StGB bestrafte Verabredung eines schweren Diebstahls eine zur Rückfallbegründung nach § 244 StGB geeignete Vorbestrafung sei.

Das Eigentum und die persönliche Freiheit wollen die Entscheidungen 3,76 ff und 9,255 ff zu § 252 StGB; 1,1 ff und 13,259 f zu § 250, I, Ziff 1 StGB; 13,12 f und 17,159 ff zu § 250, I Ziff 3 StGB; 1,145 ff und 18,329 f zu § 249 StGB in verstärktem Maße schützen und zu diesem Zweck den Täter härter bestrafen. Stellvertretend für die anderen sei nur das zuerst genannte Urteil besprochen, da es besonders charakteristisch ist. In ihm sagt der BGH, daß auch eine Übertretung nach § 370, I, Ziff 5 StGB Diebstahl im Sinn von § 252 StGB sei.

In der Begründung heißt es, daß § 370, I, Ziff 5 StGB zwar ein Sondergesetz gegenüber den §§ 242 ff und 246 StGB sei, diese also durch § 370, I, Ziff 5 StGB ausgeschlossen würden, daß aber § 370, I, Ziff 5 alle Merkmale des Diebstahl enthalte und daher nur als ein Sonderfall des Diebstahls zu beurteilen sei. Daher falle auch Mundraub unter § 252 StGB.

In dieser Begründung widerspricht sich der BGH selbst; denn wenn § 370, I, Ziff 5 StGB alle Merkmale des Diebstahls enthält, warum sollte es dann ein Sondergesetz gegenüber § 242 StGB sein? Auf diesen Widerspruch macht der BGH sogar noch deutlich aufmerksam, indem er später selbst sagt, § 370, I, Ziff 5 StGB sei nur ein Sonderfall des Diebstahls, während er vorher festgestellt hat, daß es ein Sondergesetz sei. Welchen Sinn sollte dann dieses Spiel mit Begriffen haben? Der BGH läßt sich also in dieser Begründung zu einer unlogischen Argumentation verleiten, da es ihm gerecht und kriminalpolitisch zweckmäßig erschien, einen Täter, der die durch den Mundraub erlangte Beute mit Gewalt verteidigt, wegen seiner besonderen Strafwürdigkeit aus § 252 StGB zu bestrafen.

Es wäre allerdings besser gewesen, wenn der BGH diesen kriminalpolitischen Zweck offen ausgesprochen hätte, anstatt seine Entscheidung auf eine solche unlogische Begründung zu stützen.

Auch die Entscheidungen 13,27 ff; 15,322 ff und 18,170 ff zu § 316 a StGB wollen aus Gründen eines besseren Schutzes des Eigentums, der persönlichen Freiheit und des Straßenverkehrs eine härtere Bestrafung des Täters durch eine weite Auslegung dieser Vorschrift ermöglichen.

Die drei Entscheidungen 9,142 ff zu § 94 StGB; 4,119 ff zu § 187 a StGB und 12,364 ff zu § 97 StGB erstreben, wenn auch in ganz verschiedener Weise, einen verstärkten Schutz des Staates und seiner verfassungsmäßigen Organe, indem sie eine verschärfte Bestrafung des Täters zulassen.

Das zuerst genannte Urteil wurde bereits oben auf Seite 105 f besprochen.

In den Entscheidungen 4,119 ff und 12,364 ff will der BGH dadurch, daß er eine verschärfte Bestrafung des Täters ermöglicht, die im öffentlichen politischen Leben stehenden Personen und bestimmte verfassungsmäßige Organe in besonders starkem Maße vor Verletzungen ihrer Ehre bewahren und dadurch mittelbar dem Staat in seinem Ansehen schützen. Deshalb führt er aus, § 187 a StGB setze nicht voraus, daß der Täter mit der üblen Nachrede politische Ziele verfolge, sondern dieser Tatbestand könne z.B. auch dann vorliegen, wenn der Täter beleidigt, weil er sich davon eine der Verbreitung seiner Zeitschrift dienliche Sensation verspricht; bzw. daß eine Verunglimpfung im Sinne von § 97 StGB eine nach Form, Inhalt, den Begleitumständen oder dem Beweggrund erhebliche Ehrenkränkung ist.

Das Urteil 14,152 ff zu § 223 a StGB ist ebenfalls eindeutig von dem kriminalpolitischen Zweck getragen, eine härtere Bestrafung des Angeklagten zu ermöglichen. Um diesen Zweck zu erreichen, nimmt der BGH eine dem natürlichen Sprachgebrauch klar widersprechende Auslegung des Begriffs: "Waffe" vor, indem er auch einen auf einen Menschen gehetzten Hund als Waffe bezeichnet. Daraus kann man gut sehen, daß der BGH, um die Durchsetzung des von ihm mit der Entscheidung verfolgten Zwecks zu erreichen, auch vor sehr gekünstelten Interpretationen eines gesetzlichen Begriffs nicht halt macht.

Im Anschluß an diese Entscheidung muß noch das Urteil 15,113 ff zu §§ 223; 223 a; 224; 225; 229 StGB genannt werden, in dem der BGH den Begriff des "Giftbeibringens" aus kriminalpolitischen Erwägungen heraus in einer dem natürlichen Sprachgebrauch nicht mehr entsprechenden Weise auslegt.

Die Entscheidungen 14,132 ff und 16,130 ff zu § 227 StGB gehören ebenfalls in diesen Zusammenhang. Sie wollen aus kriminalpolitischen Erwägungen eine Anwendung von § 227 und damit eine härtere Bestrafung gegenüber §§ 223 ff StGB ermöglichen.

Schließlich sei in diesem Rahmen auch noch das Urteil 17,161 ff zu § 224 StGB erwähnt.

Die Entscheidungen 5,168 ff; 10,265 ff; 13,83 ff und 13,278 ff zu § 315 a, I, Ziff 2 StGB wollen durch Anwendung dieser Norm eine verschärfte Bestrafung für Verkehrsdelikte unter Alkoholeinfluß erreichen, indem sie die allgemeine Fahruntüchtigkeit ohne Rücksicht auf besondere individuelle Begebenheiten auf 1,5 ‰, bzw. bei Mo-

torradfahrern auf 1,3 ‰ festsetzen.

Auch die folgenden Entscheidungen haben den Zweck, durch eine schärfere Bestrafung des Täters ein ganz bestimmtes, konkretes Rechtsgut besonders wirksam zu schützen, wie der BGH teilweise selbst in den Gründen sagt. Sie werden nur kurz zitiert: 3,289 ff zu §§ 276; 242; 246; 73; 74 StGB; 4,214 ff zu §§ 153; 163 StGB; 6,226 ff zu § 177, I StGB; 7,37 ff zu §§ 307, Ziff 1; 43 StGB; 8,295 ff zu § 122 StGB; 9,131 ff zu §§ 49 a i.V.m. 154 und 48 i.V.m. 153 StGB; 11,316 ff zu §§ 257, III; 258, I StGB; 13,129 ff zu § 315 a, I, Ziff 4 StGB; 15,291 ff zu § 211 StGB und 16,397 f zu §§ 211 i.V.m. 43; 73; 74 StGB.

2.) In den Entscheidungen, die nun besprochen werden sollen, kommt der BGH aufgrund allgemeiner, für das gesamte Strafrecht geltender Erwägungen zu einer schärferen Bestrafung des Angeklagten. Sie haben daher eine weit über den Einzelfall hinausgehende, allgemein kriminalpolitische Bedeutung. Im übrigen gilt auch hier das bereits oben auf Seite 126 Gesagte.

Am Übergang zwischen dem zum verstärkten Schutz eines einzelnen Rechtsgutes ergangenen Urteilen und Beschlüssen und denen, die allgemein für den Gesamtbereich des Strafrechts geltende kriminalpolitische Grundsätze aussprechen, steht die Entscheidung 2,15 ff zu §§ 223; 230; 330 a StGB. In ihr sagt der BGH, daß die sog. actio libera in causa nur dann die Anwendung von § 330 a StGB ausschließe, wenn sie den Tatbestand verwirkliche, unter dessen Strafdrohung die Rauschtat fällt. Diese Entscheidung hat vor allem die Fälle im Auge, in denen

eine Straftat sowohl bei vorsätzlicher als auch bei fahrlässiger Begehung strafbar ist, der Täter aber fahrlässig nicht bedenkt, daß er in der Volltrunkenheit eine bestimmte strafbare Handlung begehen könnte, diese Rauschtat dann jedoch mit natürlichem Vorsatz ausführt. In diesen Fällen soll also zwischen der fahrlässigen actio libera in causa und § 330 a StGB Tateinheit bestehen, da der Täter andernfalls, wie der BGH in der Begründung ausdrücklich betont, trotz seiner größeren Schuld wegen der fahrlässigen actio libera in causa oft milder als aus § 330 a StGB bestraft werden müßte; dann nämlich, wenn die fahrlässige Begehung der im Vollrausch begangenen Tat unter einer milderen Strafdrohung steht, als sie § 330 a StGB enthält. Die Annahme einer Idealkonkurrenz zwischen actio libera in causa und § 330 a StGB ist an sich unlogisch, da sich beides gegenseitig ausschließt, doch setzte sich der BGH darüber hinweg, um eine nach seiner Meinung allein gerechte schärfere Bestrafung des Angeklagten zu erreichen.

Von demselben kriminalpolitischen Zweck ist das im Anschluß an diese Entscheidung ergangene Urteil 17,333 ff zu §§ 330 a; 73 StGB getragen.

In den beiden Urteilen 1,67 ff und 3,165 ff entscheidet der BGH, daß mehrere strafbare selbständige Handlungen nicht durch eine tateinheitlich begangene minderschwere fortgesetzte Straftat zu einer Einheit zusammengefaßt werden können.

In der Begründung beruft er sich darauf, daß die gegenteilige Ansicht das Leben vergewaltigen, außerdem der natürlichen Betrachtung und dem Grundsatz gerechter Gesetzesauslegung widersprechen würde. Auch sei es der Rechtsprechung überlassen, die Tragweite und Grenzen der fortgesetzten Tat zu bestimmen, da dieser Begriff nicht im Gesetz geregelt, sondern von Rechtsprechung und Lehre

aus Gerechtigkeits- und Zweckmäßigkeitserwägungen entwickelt worden sei.

Auch in diesen beiden Entscheidungen scheut also der BGH nicht davor zurück, gegen die Logik eines allerdings nicht im Gesetz enthaltenen, sondern von der Rechtsprechung selbst geschaffenen Rechtsinstituts zu verstoßen, um zu einer, in diesen Fällen zweifellos wünschenswerten, schärferen Bestrafung des Täters zu kommen.

Auch in dem Urteil 18,26 ff zu § 73 StGB kommt der BGH aus denselben kriminalpolitischen Erwägungen zu einem ähnlichen Ergebnis.

Ebenfalls mit der Frage der Tateinheit und der Gesetzeskonkurrenz befaßt sich der BGH in der Entscheidung 1,152 ff und kommt, ersichtlich aus kriminalpolitischen Erwägungen zu dem Ergebnis, daß falls ein Täter, dessen Tat mehrere Strafgesetze verletzte, nur aus dem schwereren Strafgesetz schuldig gesprochen wird, doch die Mindeststrafe des mitverletzten milderen Strafgesetzes nicht unterschritten werden darf.

In dem Urteil 8,393 ff zu §§ 47; 49 StGB rückt der BGH von der Rechtsprechung des Reichsgerichts zur Frage der Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme ab, indem er sagt, daß jemand, der mit eigener Hand einen Menschen tötet, grundsätzlich auch dann Täter ist, wenn er es unter Einfluß und in Gegenwart eines anderen nur in dessen Interesse tut.

Dieses Urteil ist insofern über den konkreten Fall hinaus von höchster Bedeutung für das gesamte Strafrecht, als der BGH in ihm ganz allgemein von der Interessentheorie des Reichsgerichts abrückt und damit die kriminalpolitisch höchst unbefriedigenden und ungerechten Ergebnisse dieser Theorie vermeidet; denn es ist ein unmögliches Ergebnis, jemanden, der eine Tat völlig mit

eigener Hand ausführt als Gehilfen und nur den "Zuschauer" als Täter zu bestrafen. Mit diesem Urteil bringt der BGH das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme wieder in das richtige, allein dem Leben entsprechende Lot. Daß er dabei auch das Kriterium des Täterwillens aufgibt und ihn durch das Erfordernis der Tatherrschaft ersetzt, gesteht er sich nicht ein, sondern sagt in den Urteilsgründen nur, die Tatherrschaft sei ein Indiz für das Vorhandensein des Täterwillens. Doch trotz dieses Festhaltens an der Begründung des Reichsgerichts ist es sehr erfreulich, daß der BGH mit diesem Urteil in derartigen Fällen die Möglichkeit eröffnet, den wirklich Handelnden auch mit der schwereren und gerechteren Täterstrafe zu belegen.

In den folgenden Entscheidungen 10,259 ff zu § 267, III StPO; 3,13 ff und 18,141 ff zu Art. 103, III GG; § 410 StPO und 9,324 ff zu Art. 103, III GG; § 358, II StPO kommt der BGH in dem Bestreben, den Täter härter zu bestrafen zu recht inkonsequenten Ergebnissen.

So heißt es in der zuerst genannten Entscheidung: "Hat der Täter schuldhaft eine außertatbestandsmäßige Gefahrenlage herbeigeführt, aus der unbestimmte, außertatbestandsmäßige Schadensfolgen entspringen können, so dürfen ihm sowohl diese Gefahrenlage als auch die tatsächlichen aus ihr erwachsenen Schadensfolgen strafscharfend zugerechnet werden, dies auch dann, wenn die Folgen in ihrer besonderen Gestaltung für den Täter nicht voraussehbar waren", da er, wie der BGH in den Gründen ausführt, für diese Folgen schuldhaft die Möglichkeit eröffnet habe, daß sie entstehen konnten; denn er habe sozusagen schuldhaft das Tor geöffnet, durch das unbestimmtes Unheil eindringen konnte.

Mit diesem Urteil verläßt der BGH aus kriminalpolitischen Erwägungen den das Strafrecht beherrschenden Schuldgrund-

satz, obwohl in § 56 StGB sogar für eine härtere Bestrafung wegen tatbestandsmäßiger schwererer Tatfolgen deren Voraussehbarkeit gefordert wird. Dies müßte aber noch vielmehr für außertatbestandsmäßige Schadensfolgen gelten.

Aus denselben Erwägungen durchbricht der BGH in den drei nächsten Entscheidungen den Grundsatz des "ne bis in idem", indem er sagt, daß die Rechtskraft des Strafbefehls kein Hindernis dafür ist, dieselbe Tat nochmals unter einem rechtlichen Gesichtspunkt zu verfolgen, der im Strafbefehl nicht berücksichtigt ist und eine erhöhte Strafbarkeit begründet.

In dem letzten Urteil schließlich kommt der BGH zu dem Ergebnis, daß das Verbot der "reformatio in peius" und das "ne bis in idem" nicht für Einzeltaten einer fortgesetzten Handlung gilt, die der Angeklagte nach dem Ergehen des ersten Urteils begeht, und daß daher der mit der Sache erneut befaßte Tatrichter solche Taten bei der neuen Entscheidung mit berücksichtigen muß.

Schließlich sei in diesem Zusammenhang noch das Urteil 12,134 ff zu § 20 a, I StGB genannt, in dem der BGH entscheidet, daß diese Vorschrift auf einen Erwachsenen bei entsprechender Gesamtwürdigung seiner Taten auch dann anwendbar ist, wenn die beiden früheren Verurteilungen, die § 20 a, I StGB voraussetzt, auf Jugendstrafe lauten.

III. Nach der Gruppe von Entscheidungen, die überhaupt erst eine Bestrafung des Täters ermöglichen wollen, und denjenigen, die eine schärfere Bestrafung bezwecken, sei nun noch kurz auf die dritte größere Unterart der von kriminalpolitischen Gesichtspunkten bestimmten Urteile und Beschlüsse eingegangen, nämlich auf diejenigen, die die Möglichkeit zur Verhängung von Nebenstrafen und

Sicherungsmaßnahmen gegen den Angeklagten erweitern wollen.

1.) Mit einer Ausdehnung der Möglichkeit, Gegenstände, die zu einer strafbaren Handlung verwendet wurden, einzuziehen, befassen sich die beiden Entscheidungen 3,355 ff zu § 401, I AO und 8,205 ff zu § 40 StGB. Es soll hier aber nicht auf den Streit eingegangen werden, ob und inwieweit die Einziehung eine Sicherungsmaßnahme oder eine Nebenstrafe ist.

In dem ersten Urteil heißt es, daß ein "zur Begehung der Tat benütztes Beförderungsmittel" im Sinn von § 401, I AO auch das Kraftfahrzeug ist, das zur Sicherung des Schmuggeltransportes gegen Grenz- oder Zollkontrollen dem mit der Schmuggelware beladenen Kraftfahrzeug vorausfährt; denn, wie der BGH in den Gründen sagt, dienten auch "Sicherungsfahrzeuge" unmittelbar der Ausführung der Tathandlung und würden deshalb von den Tätern in typisch gefährlicher Weise gebraucht.

Dieses Urteil ist zwar kriminalpolitisch zweckmäßig, um den gerade zur Zeit des Urteilsspruches besonders umfangreichen Großschmuggel mit Hilfe von Kraftfahrzeugen möglichst wirksam zu bekämpfen; doch die Begründung geht von tatbestandsfremden und neben der Sache liegenden Argumenten aus, da in § 401, I AO nichts gesagt wird von einem "typisch gefährlichen Gebrauch von Kraftfahrzeugen".

In dem zweiten Urteil sagt der BGH, daß ein Kraftrad, das nur zur Vorbereitung der Tat benutzt worden ist, eingezogen werden darf; wenn es alsbald danach in der vorbereiteten Weise zurindezt zum strafbaren Tatversuch gekommen ist; denn, wie es in den Gründen heißt, der Tatbegriff in § 40 StGB richte sich nach dem Zweck dieser Vorschrift und danach seien unter Begehung einer Straftat alle Handlungen von der Tatvorbereitung bis zur Flucht

und Bergung der Beute zu verstehen.

Auch diese weite Auslegung von § 40 StGB ist also von kriminalpolitischen Zwecken bestimmt. Darin allerdings, daß es als Voraussetzung für die Zulässigkeit der Einziehung erst zu einem strafbaren Tatversuch gekommen sein muß, liegt eine Inkonsequenz; denn einerseits wird der Tatbegriff in § 40 StGB auch auf Vorbereitungshandlungen ausgedehnt, so daß auch dabei verwendete Gegenstände der Einziehung unterliegen, andererseits wird aber eine Einziehung nur zugelassen, wenn ein strafbarer Bestandteil der Tat begangen ist. Diese Inkonsequenz wird dem BGH aber vom Gesetz selbst aufgezwungen; denn ohne strafbaren Versuch liegt eben noch keine strafbare Handlung vor, die ja Voraussetzung für die Einziehung ist. Der BGH hätte aber diese Inkonsequenz vermeiden können, wenn er von der obigen weiten Auslegung von § 40 StGB abgesehen hätte.

Ebenfalls in diesen Zusammenhang gehört das Urteil 13,311 ff zu §§ 40; 49 a StGB, wonach eine Einziehung auch möglich ist, wenn es nur zu einer strafbaren Vorbereitungshandlung kam.

Wie der BGH in den Urteilsgründen ausdrücklich betont, ist dieses Ergebnis kriminalpolitisch erwünscht.

Auch die Urteile 14,194 ff zu §§ 86, II; 98 StGB und 14,299 ff und 15,399 ff zu § 86, II StGB befassen sich mit der Erweiterung der Einziehungsmöglichkeit.

Endlich gehört noch das Urteil 3,163 ff zu § 401, II AO hierher. In ihm spricht der BGH aus, daß eine Wertersatzstrafe auch anstelle der nicht möglichen Einziehung gestohlener Waren verhängt werden darf.

2.) Die folgenden Entscheidungen erweitern die Möglichkeit,

einen wegen Zurechnungsunfähigkeit für seine Taten nicht verantwortlichen Angeklagten in eine Heil- oder Pflegeanstalt einzuweisen.

In 3,287 ff und 10,355 ff zu § 42 b StGB unterscheidet der BGH, daß auch bei einem durch die Geisteskrankheit bedingten Irrtum des Angeklagten bei der Ausführung der Straftat die Anwendung von § 42 b StGB nicht ausgeschlossen ist.

Er begründet das vor allem damit, daß nach der Gegenansicht der Schutz des § 42 b StGB gerade in den Fällen versagen würde, die von dieser Vorschrift vornehmlich erfaßt werden sollten, nämlich dann, wenn sich die Geisteskrankheit als besonders gefährlich erweist, weil sie dem Erkrankten die Erkenntnis der Gemeingefährlichkeit seines Tuns verbaut.

Diese Entscheidungen haben den Zweck, die Allgemeinheit wirklich ausreichend vor geisteskranken Verbrechern zu schützen und schaffen daher einen Begriff der strafbaren Handlung, der von dem allgemein anerkannten und gebräuchlichen Inhalt dieses Rechtsbegriffs erheblich abweicht.

Denselben Zweck verfolgt der BGH mit der Entscheidung 5,140 ff zu § 429 a StPO, in der er sagt, daß wegen einer Straftat, die nur auf Antrag verfolgt wird, das Sicherungsverfahren nach § 429 a StPO auch dann durchgeführt werden kann, wenn kein Strafantrag vorliegt.

In den Entscheidungen 11,319 ff und 18,167 f zu § 42 b StGB läßt der BGH in bestimmten Ausnahmefällen entgegen dem Wortlaut von § 42 b, II StGB zu, daß auch vermindert Zurechnungsfähige, gegen die keine Strafe ausgesprochen wurde, in eine Heil- und Pflegeanstalt eingewiesen werden können.

3.) Die meisten Urteile im Rahmen der auf eine erweiterte Verhängung von Sicherungsmaßnahmen gerichteten Entscheidungen ergingen zu § 42 m StGB. Das ist auch ganz verständlich, da es sich dabei wohl um die in der Praxis häufigste Sicherungsmaßregel handelt.

So entscheidet der BGH in 6,398 ff und 10,94 ff zu § 42 m StGB, daß die Fahrerlaubnis auch entzogen und eine Sperrfrist verhängt werden darf, wenn der Angeklagte im Zeitpunkt der Urteilsfällung gar keine Fahrerlaubnis besitzt, sei es daß er noch gar keine erworben hat, oder daß eine früher verhängte Sperrfrist noch läuft.

Beide Entscheidungen haben ersichtlich den kriminalpolitischen Zweck, zu verhindern, daß ein Täter, der aus irgendeinem Grund keine Fahrerlaubnis hat, bald nach Erlass des Urteils eine solche erwerben kann, weil womöglich die Verwaltungsbehörde von dem Urteil gar keine Kenntnis bekommt, und dieser Täter dann praktisch besser gestellt wäre als einer, der bei Urteilsfällung eine Fahrerlaubnis besitzt. Außerdem sollen diese Urteile der Gefahr vorbeugen, daß solche Täter, falls keine Sperrfrist verhängt würde, mit Hilfe einer inzwischen erworbenen Fahrerlaubnis möglicherweise bald weitere Straftaten im Zusammenhang mit der Führung von Kraftfahrzeugen begehen.

In 5,179 ff; 7,165 ff und 17,218 ff zu § 42 m StGB kommt der BGH, ebenfalls aus kriminalpolitischen Erwägungen zu dem Ergebnis, daß nicht nur Ungeeignetheit zum verkehrssicheren Fahren, sondern auch allgemeine charakterliche Unzuverlässigkeit zur Entziehung der Fahrerlaubnis führen kann und daher § 42 m StGB nicht nur bei Verkehrsverstößen im engeren Sinn, sondern auch bei sonstigen, im Zusammenhang mit der Führung eines Kraftfahrzeugs begangenen **strafbaren Handlungen** anwendbar ist.

Zur Begründung beruft sich der BGH vor allem auf die amt-

liche Begründung und den Wortlaut von § 42 m StGB. Doch es hat den Anschein, als ob der BGH die amtliche Begründung zu § 42 m StGB mißverstanden hätte. Ein sich in einer strafbaren Handlung zeigender allgemeiner Charaktermangel kann doch schon nach dem Gesetzeswortlaut, auf den sich der BGH beruft, höchstens dann zur Entziehung der Fahrerlaubnis führen, wenn er irgendeine auch nur entfernte Verbindung zu der Fähigkeit des Täters zum ordnungsgemäßen Führen von Kraftfahrzeugen hat, wenn also die strafbare Handlung des Täters und seine Ungeeignetheit zum Führen von Kraftfahrzeugen ihre gemeinsame Wurzel in einer Charaktereigenschaft des Täters haben können. Das ist aber nicht bei jedem Charakterfehler der Fall, sondern nur bei solchen wie Leichtsinn, allgemeine Neigung zu unüberlegten und unbeherrschten Handlungen usw.. Wenn daher der BGH in dem Urteil 7,165 ff § 42 m StGB auf einen Fall anwendet, in dem der Täter in einem stehenden Kraftfahrzeug ein Sittlichkeitsdelikt begeht, dann mag das zwar vom kriminalpolitischen Standpunkt aus wünschenswert erscheinen, geht aber doch wohl zu weit, denn aus einer geschlechtlichen Unbeherrschtheit des Täters kann man nicht ohne weiteres auf seine mangelnde Beherrschung oder eine sonstige Unzuverlässigkeit beim Autofahren schließen. Außerdem ist ein solches Delikt auch nicht im Zusammenhang mit der Führung eines Kraftfahrzeugs begangen; denn ein stehendes Kraftfahrzeug wird nicht "geführt". Wollte man auch solche Fälle unter § 42 m StGB einreihen, so müßte die Entziehung der Fahrerlaubnis im Gesetz an die bloße Benutzung eines Kraftfahrzeugs zu strafbaren Handlungen oder an ein ähnliches Merkmal geknüpft sein. Es handelt sich also in diesem Fall um eine, kriminalpolitisch zwar zweckmäßige, aber unzulässige Analogie; denn auch wenn § 42 m StGB im Allgemeinen Teil des StGB steht, so entspricht er doch in seinem Inhalt und Wesen einer Strafvorschrift des Besonderen Teils, da er die Entziehung der Fahrerlaubnis

an ganz bestimmte, genau umrissene Voraussetzungen knüpft, also eine Analogie unzulässig ist.

Aus dem gleichen Grund muß die ebenfalls aus kriminalpolitischen Erwägungen ergangene Entscheidung 10,333 ff. zu § 42 m StGB abgelehnt werden. Hier sagt der BGH, daß bei Beteiligung mehrerer an der mit Strafe bedrohten Handlung ein Teilnehmer diese auch dann im Zusammenhang mit der Führung eines Kraftfahrzeugs begangen haben kann, wenn er dieses nicht eigenhändig gelenkt hat, daß also auch einem solchen Teilnehmer die Fahrerlaubnis entzogen werden kann.

Die zuletzt genannten Entscheidungen, die alle eine sich in irgendeiner strafbaren Handlung zeigende allgemeine charakterliche Unzuverlässigkeit als Voraussetzung für die Anwendung von § 42 m StGB genügen lassen, dehnen diese Vorschrift auch deshalb zu weit aus, weil auch ein anderer Täter, der kein Kraftfahrzeug zur Tat benutzte, ebenso unzuverlässig und daher ungeeignet zur Führung eines Kraftfahrzeugs sein kann. Es hängt also nach der Rechtsprechung des BGH, der die Anwendung von § 42 m StGB nicht an die Begehung einer ihrem Wesen nach mit der Führung eines Kraftfahrzeugs zusammenhängenden Straftat knüpft, rein vom Zufall ab, ob dem Täter die Fahrerlaubnis entzogen wird, nämlich davon, ob er gerade ein Kraftfahrzeug zur Tat benutzte oder nicht. Ein solches Ergebnis ist aber zweifellos ungerecht und unbillig.

Auch auf das Urteil 6,394 ff. zu §§ 7 JGG; 42 m StGB sei hier noch hingewiesen, wonach auch auf einen Jugendlichen, gegen den nur ein Zuchtmittel nach dem JGG verhängt wurde, § 42 m StGB anwendbar ist. Auch dieses Urteil wurde nach den eigenen Worten des BGH von kriminalpolitischen Erwägungen bestimmt, da Jugendliche für die Allgemeinheit ebenso gefährlich sind wie Erwachsene.

Die Entscheidung 13,91 ff gehört ebenfalls in diesen Zusammenhang, obwohl sie zu §§ 429 a ff StPO erging; denn in ihr stellt der BGH fest, daß eine Fahrerlaubnis wegen des dringenden öffentlichen Anliegens, die Allgemeinheit vor geisteskranken, gemeingefährlichen Autofahrern zu schützen auch im Sicherungsverfahren nach §§ 429 a ff StPO entzogen werden kann.

Endlich sei hier auch noch der Beschluß 14,68 ff (72) und das Urteil 15,316 ff zu § 42 m StGB genannt, die beide ebenfalls eine größere Sicherheit im Verkehr erreichen wollen.

IV. Zusammenfassend sei noch einmal die Gliederung des letzten Abschnitts in Erinnerung gebracht. Die von kriminalpolitischen Erwägungen getragenen Entscheidungen wurden aufgegliedert in solche, die überhaupt erst eine Bestrafung des Täters ermöglichen wollen und solche, die eine schärfere Bestrafung des Angeklagten bezwecken. Als dritte Unterart wurden schließlich diejenigen angeführt, die auf die Verhängung einer Sicherungsmaßnahme oder einer Nebenstrafe abzielen. Innerhalb dieser drei Gruppen wurden die Entscheidungen wieder danach unterschieden, ob durch sie ein bestimmtes Rechtsgut im besonderen Maße geschützt werden sollte, oder ob sie einen für das gesamte Strafrecht geltenden Grundsatz entwickeln.

Ein allen kriminalpolitisch bedeutsamen Entscheidungen gemeinsames, den einzelnen konkreten kriminalpolitischen Zwecken übergeordnetes Ziel dieser Urteile und Beschlüsse ist ganz allgemein, eine gerechte Vergeltung für eine Straftat herbeizuführen und dadurch abschreckend zu wirken, bzw. auf den Angeklagten oder künftige Täter sichernd oder erzieherisch einzuwirken und damit die Allgemeinheit

vor strafbaren Handlungen irgendwelcher Art in verstärktem und erweitertem Maße zu schützen. So betont der BGH in den von kriminalpolitischen Gesichtspunkten bestimmten Urteilen einmal mehr den Zweck der gerechten Vergeltung oder Abschreckung und Vorbeugung, ein anderes Mal mehr die Sicherung und Erziehung oder den Schutz der Allgemeinheit vor weiteren ähnlichen Straftaten, je nachdem was für ihn gerade im konkreten Einzelfall im Vordergrund steht. Auch wenn der BGH in diesen Entscheidungen jeweils verschiedene Gesichtspunkte aus der "Reihe" der kriminalpolitischen Zwecke herausgreift, so ist doch immer der Endzweck aller von kriminalpolitischen Erwägungen getragenen Entscheidungen, die Allgemeinheit in verstärkter und erweiterter Weise zu schützen, auch wenn der BGH das häufig nicht ausdrücklich erwähnt. Ob und inwieweit dieses Ziel durch die Rechtsprechung des BGH erreicht wird, ob sich also künftige potentielle Täter durch irgendein Urteil von ähnlichen Taten abhalten lassen, das zu untersuchen, ist nicht Aufgabe dieser Arbeit. Hier sollte nur festgestellt werden, daß der BGH in einer Vielzahl von Entscheidungen sich von diesem Zweck leiten ließ.

Zweiter Abschnitt: Darstellung der in der strafrechtlichen
Rechtsprechung des BGH berücksichtigten
Billigkeitserwägungen

Nach den von kriminalpolitischen Erwägungen beeinflussen Entscheidungen soll nun die zweite große Gruppe von Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten im materiellen Strafrecht behandelt werden, nämlich die Billigkeitserwägungen. Zwar spielen auch im Strafverfahrensrecht Billigkeitserwägungen eine gewisse Rolle. Ihr Hauptbereich liegt aber im materiellen Strafrecht. Daher werden sie auch

an dieser Stelle behandelt. Das hat außerdem auch noch seinen Grund darin, daß die Billigkeitserwägungen, soweit sie sich auf den Angeklagten beziehen - das ist die weitaus überwiegende Zahl - in direktem Gegensatz zu den kriminalpolitischen Erwägungen stehen; denn diese sollen die Verhängung einer Strafe oder Sicherungsmaßregeln gegen den Angeklagten erreichen, jene dagegen ihn davor bewahren.

Zunächst werden solche Entscheidungen besprochen, die von Billigkeitserwägungen zugunsten des Angeklagten getragen sind, danach diejenigen, die auf Billigkeitsgesichtspunkten zugunsten Dritter beruhen. Begonnen wird mit einigen Urteilen, in denen allgemeine, für das gesamte Strafrecht bedeutsame Rechtsfragen unter dem Einfluß von Billigkeitsgesichtspunkten entschieden werden.

,I.,1. So sagt der BGH in 11,324 ff, daß § 46, 2 StGB auch beim Rücktritt vomuntauglichen Versuch anzuwenden ist, wenn der Täter sich ernstlich bemüht, die vermeintlich bevorstehende Vollen dung der Tat zu verhindern.

In den Gründen heißt es u.a., daß derjenige, der ein Rechtsgut wirklich gefährdet - in Form eines tauglichen Versuchs - und damit stärker in die Rechtsordnung eingreift, besser gestellt wäre als derjenige, der einen untauglichen Versuch beging, falls man § 46, 2 StGB auf den untauglichen Versuch nicht anwenden würde. Das wäre aber ungerecht. Außerdem könne der Rechtsgedanke von § 49 a, IV StGB zur Auslegung von § 46, 2 StGB mit herangezogen werden.

Dieses Urteil ist also, wie der BGH in den Gründen selbst zum Ausdruck bringt, eine klare Billigkeitsentscheidung zugunsten des Angeklagten, die die Rechtsprechung zu § 46, 2 StGB der zu § 43 StGB angleicht; denn so wie es

für die Bestrafung des untauglichen Versuchs nach § 43 StGB allein auf den verbrecherischen Willen ankommt, so muß auch ein auf Verhinderung des ansich schon unmöglichen Erfolges gerichteter Wille zur Straflosigkeit führen. Um diesen Zweck zu erreichen, setzt sich der BGH sehr großzügig über den Wortlaut von § 46, 2 StGB hinweg.

Ebenfalls eine analoge Anwendung des Grundgedankens von § 49 a, III und IV StGB, und zwar auf § 234 a, III StGB, enthält das Urteil 6,85 ff.

Auch dieses Urteil ist eine eklatante Billigkeitsentscheidung zugunsten des Angeklagten, für die der Wortlaut von § 234 a, III StGB nicht den geringsten Anhaltspunkt gibt.

Auch die Entscheidung 6,308 ff soll hier genannt werden. In ihr erklärt der BGH selbst, ebenfalls aus Billigkeitsgründen, § 50, II StGB auf die versuchte Anstiftung nach § 49 a, I StGB anwendbar.

Mit der Frage der Strafaussetzung zur Bewährung bei angerechneter Untersuchungshaft befassen sich die Urteile 6,215 ff zu § 26 StGB und 6,391 ff zu § 23 StGB.

So heißt es in dem ersten Urteil, daß angerechnete Untersuchungshaft verbüßte Strafe im Sinne von § 26 StGB ist, da die Gerechtigkeit die Anwendung von § 26 StGB auch bei angerechneter Untersuchungshaft fordere.

Auch hier handelt es sich demnach um eine Billigkeitsentscheidung zugunsten des Angeklagten, um auch in solchen Fällen eine bessere Resozialisierung des Täters durch Aussetzung der Reststrafe zu erreichen.

In dem zweiten Urteil sagt der BGH, daß die Anrechnung der Untersuchungshaft die Bewilligung von Strafaussetzung zur Bewährung für den Rest der Strafe nicht ausschließe; denn die angerechnete Untersuchungshaft sei zwar regelmäßig

als verbüßte Strafe anzusehen, trotzdem sei die auf den Strafreß beschränkte Aussetzung keine verbotene Teilaussetzung, da das Gericht nach Anrechnung der Untersuchungshaft gar keine andere Möglichkeit der Aussetzung mehr gehabt habe. Das Gesetz könne aber auch nicht gewollt haben, daß bei Anrechnung der Untersuchungshaft eine Strafe nicht ausgesetzt werden könne, während dies bei Absehen von der Anrechnung möglich wäre.

In diesem Urteil hebt also der BGH aus reinen Billigkeitserwägungen seinen kurz zuvor in 6,163 ff aufgestellten Grundsatz, daß eine Teilaussetzung nicht zulässig ist, kurzerhand wieder auf. Das zeigt sehr deutlich, daß sich der BGH in seiner Rechtsprechung häufig nur von den Zwecken des Einzelfalles leiten läßt, ohne eine größere Linie zu beachten, und daher zu recht inkonsequenten Ergebnissen kommt. Auch ein Vergleich mit der vorherigen Entscheidung zeigt das sehr gut. Während er nämlich in diesem Urteil aus Billigkeitsgründen sich bemüht, die Untersuchungshaft als verbüßte Strafe hinzustellen, will er in dem eben besprochenen Urteil ebenfalls aus Billigkeitserwägungen gerade das Gegenteil, nämlich die logische Folge daraus, daß die angerechnete Untersuchungshaft verbüßte Strafe ist, vermeiden.

Auch das Urteil 4,325 ff zu §§ 60 StGB, 81 StPO gehört in entfernter Weise in diesen Zusammenhang. In ihm kommt der BGH ebenfalls aus Billigkeitserwägungen, wie er in den Gründen selbst sagt, zu dem Ergebnis, daß die Unterbringung auch eines auf freiem Fuß befindlichen Beschuldigten in einer Heil- oder Pflegeanstalt gemäß § 81 StPO als Untersuchungshaft auf die erkannte Strafe angerechnet werden kann.

Eine sehr bedeutsame Billigkeitsentscheidung stellt auch das Urteil 11,3 ff zu § 222 StGB dar. Es lautet: "Als Ursache für einen schädigenden Erfolg darf ein ver-

kehrswidriges Verhalten nur dann angenommen werden, wenn sicher ist, daß es bei verkehrsgerechtem Verhalten nicht zum Erfolg gekommen wäre."

In den Gründen sagt der BGH, daß der Richter, der begründete, auf einer vernünftigen, lebensnahen Betrachtung beruhende Zweifel an der Ursächlichkeit eines bestimmten Verhaltens für einen strafbaren Erfolg habe, dann nach dem Grundsatz "in dubio pro reo" handeln und die Ursächlichkeit des Verhaltens für den Erfolg verneinen müsse.

In diesem Urteil ersetzt der BGH aber den im Strafrecht an sich geltenden naturwissenschaftlichen Ursachenbegriff mit Hilfe des Grundsatzes "in dubio pro reo" durch den einer rechtlich bedeutsamen Ursächlichkeit. Dadurch will er ungerechte und unbillige Ergebnisse vermeiden. In dem diesem Urteil zugrunde liegenden Sachverhalt handelte der Täter nämlich fahrlässig, wäre also über die Schuldfrage vor einer Bestrafung nicht zu retten gewesen, obwohl derselbe schädigende Erfolg auch bei verkehrsrichtigem Verhalten eingetreten wäre. Das erschien dem BGH aber mit Recht als unbillig. Allerdings führt die in diesem Urteil vorgenommene Konstruktion in anderer Hinsicht zu recht merkwürdigen Folgen. Bei einem verkehrsrichtigen Verhalten muß man nämlich wohl oder übel die Ursächlichkeit dieses Verhaltens für den schädigenden Erfolg annehmen, doch liegt dann keine Fahrlässigkeit vor, so daß der Täter auf diese ganz "normale" Weise vor einer Bestrafung verschont bleibt. Damit kommt man aber zu dem sehr eigenartigen Ergebnis, daß ein verkehrsrichtiges Verhalten immer ursächlich für einen Schaden ist, ein verkehrswidriges Verhalten aber in bestimmten Fällen nicht. Der BGH sah aber offensichtlich keinen anderen Ausweg um in dem hier besprochenen Fall eine unbillige Bestrafung des Täters zu vermeiden.

Schließlich seien unter den für das gesamte Straf-

recht bedeutsamen Billigkeitsentscheidungen auch noch die Urteile 6,176 ff zu § 7 StGB; 10,28 ff zu § 40 StGB und 6,6 ff zu § 32 JGG genannt, ebenso das Urteil 14,287 ff zu §§ 32 JGG; 79 StGB, das aus Billigkeitsgründen in bestimmten Fällen des Zusammentreffens von Gefängnis- und Jugendstrafe eine Strafmindering im Rahmen der Strafzumessung vorsieht, da in diesen Fällen § 79 StGB nicht anwendbar ist.

Auch die Urteile 18,87 ff zu §§ 47; 49; 211 StGB und 18,160 f zu § 49 a StGB gehören hierher.

2.) Im Rahmen der von Billigkeitserwägungen beeinflussen Entscheidungen, die sich nicht auf den Gesamtbereich des Strafrechts, sondern nur auf den Inhalt einer einzelnen Rechtsnorm oder einer Gruppe von Rechtsnormen beziehen, nehmen den größten Raum die Urteile ein, die sich mit verkehrsrechtlichen Fragen befassen. Bei ihnen spielt vor allem der Gedanke der Zumutbarkeit irgendeines bestimmten Verhaltens eine bedeutende Rolle. Er ist nur ein Unterfall der allgemeinen Billigkeitserwägungen; denn indem der BGH feststellt, daß dem Angeklagten ein bestimmtes Verhalten nicht zumutbar war, sagt er nur mit anderen Worten, daß^{es} unbillig wäre, dieses Tun oder Unterlassen vom Angeklagten zu verlangen, da es eben über das, was man in einer derartigen Situation von einem Menschen erwarten kann und muß, hinausgeht.

Der Gedanke der Zumutbarkeit ist eine Folge des vom BGH für das gesamte Verkehrsstrafrecht entwickelten Vertrauensgrundsatzes, der besagt, daß sich ein Verkehrsteilnehmer, der sich selbst richtig verhält, auch auf das verkehrsrichtige Verhalten der anderen Verkehrsteilnehmer verlassen dürfe.

Ein weiterer, speziell mit diesen verkehrsrechtlichen Bil-

ligkeitsentscheidungen verbundener Zweck ist die Erhaltung und Förderung der Zügigkeit und Flüssigkeit des Verkehrs; denn indem die Verkehrsteilnehmer von unzumutbaren, zeitraubenden Sorgfaltspflichten befreit werden, wird dadurch der gesamte Verkehr beschleunigt (vgl. 14,201 ff (210)).

So entscheidet der BGH in 12,81 ff zu § 1 StVO, daß ein Kraftfahrer nicht mit dem plötzlichen Aufblenden eines entgegenkommenden Kraftfahrzeugs zu rechnen braucht; denn es könne ihm nicht zugemutet werden, jedesmal abzubremesen.

Wir erinnern uns, daß der BGH in dem bereits besprochenen¹⁾ Urteil 1,309 ff aus kriminalpolitischen Erwägungen heraus zu einem genau entgegengesetzten Urteil kam. An diesem Urteil wurde bereits Kritik geübt, und es gilt auch hier das dort Gesagte, insofern als es die Richtigkeit dieses Urteils unterstützt.

Auch in den Urteilen 2,390 ff zu § 8, I, 1 StVO 4,47 ff zu §§ 9, I, 2; 13, I StVO; 7,118 ff zu §§ 1; 9, I; 13 StVO; 13,169 ff zu §§ 1; 9 StVO und 12,58 ff zu §§ 8, III, 1 und 13 StVO bringt der BGH den Gedanken der Zumutbarkeit ganz klar zum Ausdruck, ebenso in den Entscheidungen 11,296 ff; 12,21 ff und 14,201 ff zu §§ 8, III; 1 StVO und 15,178 ff zu § 17 StVO, in denen der BGH eine Rückschaupflicht des nach links abbiegenden Kraftfahrers, unmittelbar vor und während des Abbiegevorgangs in der Regel als unzumutbar verneint, wenn er sich vorschriftsmäßig zur Fahrbahnmittle hin eingeordnet und rechtzeitig Blinkzeichen gegeben hat; denn auch hier gilt nach dem BGH der Vertrauensgrundsatz.

Der Beschluß 13,169 ff zu §§ 1; 9 StVO ist ebenfalls eindeutig vom Vertrauensgrundsatz, also vom Gedanken der Billigkeit in Form der Zumutbarkeit getragen; allerdings

1) vgl. oben S. 102 f

wird dieser Grundsatz in dem Urteil 15,191 ff zu §§1;9 StVO, das einen dem vorhergehenden Urteil sehr ähnlichen Fall zum Gegenstand hat, aus Gründen der Verkehrssicherheit wieder eingeschränkt.

In den Urteilen 11,148 ff zu § 315 a, I, 2 StGB und 12,282 ff zu § 1 StVO sagt der BGH, daß jemand, der lediglich das von ihm gesteuerte Fahrzeug beschädigt oder gefährdet nach den genannten Vorschriften nicht strafbar ist, auch wenn das Fahrzeug in fremdem Eigentum steht.

Er begründet diese Entscheidungen im wesentlichen damit, daß nach anderer Ansicht eine Bestrafung des Täters in vielen Fällen mehr oder weniger vom Zufall abhinge, nämlich davon, ob er das von ihm gesteuerte Kraftfahrzeug schon voll bezahlt hat oder ob es noch unter Eigentumsvorbehalt steht. Solche unterschiedlichen und unbilligen Ergebnisse bei ganz ähnlichem Sachverhalt möchte der BGH aber vermeiden.

In ähnlicher Weise entscheidet der BGH, gleichfalls aus Billigkeitsgründen, in den Urteilen 11,199 ff; 14,395 ff und 15,138 ff zu §§ 315 a, I und 315, III StGB.

Der BGH läßt allerdings in den oben genannten Urteilen, soweit sie zu § 315 a, I StGB ergingen, den Wortlaut von § 315, III StGB außer acht, indem er im Rahmen des § 315, III StGB unzulässigerweise nochmals prüft, ob eine Gemeingefahr verursacht wurde, obwohl diese Vorschrift schon in der bloßen Verletzung fremden Eigentums oder eines Menschen eine Gemeingefährdung sieht, also der BGH konsequenterweise in diesen Urteilen ohne weitere Prüfung das Vorliegen einer Gemeingefahr hätte annehmen müssen, was aber dann eben zu unbilligen Ergebnissen geführt hätte.

Weitere Billigkeitsentscheidungen auf verkehrsrecht-

lichem Gebiet stellen auch noch die Urteile und Beschlüsse 6,219 ff zu §§ 315 a, I, Ziff 1 und 4; 316, II StGB und 6,364 ff zu § 24, I, Ziff 1 StVG dar, desgleichen 13,178 ff zu § 26, Ziff 1 StVG; 15,393 ff (398 f) zu § 42 m, III StGB 19,98 ff zu §§ 20 a, II StGB; 24, I, Ziff 1 und 2 StVG und 16,19 ff zu §§ 8, III, 3; 13 StVO. Bei dem zuletzt genannten Beschluß steht allerdings mehr die Erwägung, den Verkehr zügig und flüssig zu gestalten, im Vordergrund.

Von den übrigen, zu einzelnen besonderen Vorschriften des materiellen Strafrechts ergangenen Billigkeitsentscheidungen sollen nur noch einige besonders charakteristische herausgegriffen und näher besprochen werden.

In 9,385 ff entscheidet der BGH zu § 211 StGB, daß eine Tötung nicht heimtückisch zu sein braucht, wenn der Täter glaubt, zum Besten des Opfers zu handeln.

In den Gründen führt der BGH dazu aus, daß zwar neben den in § 211, II StGB genannten Merkmalen eine verwerfliche Gesinnung des Täters nicht erforderlich sei, da sie bei Vorliegen dieser Merkmale zwingend vermutet werde. Doch bedinge Heimtücke nach allgemeinem Sprachgebrauch eine feindliche Willensrichtung des Täters gegen sein Opfer, die sich gerade in der Ausnutzung der Arg- und Wehrlosigkeit zeige.

In der Begründung zu diesem Urteil widerspricht sich der BGH selbst; denn er prüft eben neben dem Vorliegen der objektiven Mordmerkmale doch noch, ob der Täter aus einer verwerflichen Gesinnung, nämlich aus einer feindseligen Haltung gegenüber dem Opfer handelte. Die Argumentation des BGH dreht sich also im Kreis und kann das auch nicht dadurch verdecken, daß ausdrücklich betont wird, daß eine besonders verwerfliche Gesinnung des Täters im Rahmen von § 211 StGB nicht erforderlich sei. Außerdem versteht man auch im allgemeinen Sprachgebrauch unter Heimtücke in erster Linie nicht eine feindselige Haltung

gegenüber dem Opfer, sondern mehr Verschlagenheit und Verdeckung der wahren Absichten durch Vorspiegelung falscher Tatsachen. Die vom BGH gegebene Begründung trägt dieses Urteil daher nicht. Sie sollte nur seinen wahren Zweck verdecken, der darin besteht, eine Bestrafung des Täters, der zum besten seines Opfers handelte, wegen Mordes zu vermeiden, da das dem BGH mit Recht zu unbillig erschien.

Auch § 351 StGB engt der BGH aus Billigkeitsgründen gegen dessen Wortlaut ein, indem er in 10,6 ff sagt: "Will der Beamte den unterschlagenen Betrag ersetzen, ohne dabei die Unterschlagung offentaren und sich dadurch einer strafrechtlichen Verfolgung aussetzen zu müssen und legt er ausschließlich zu diesem Zweck falsche Belege vor, so ist § 351 StGB nicht anwendbar;" denn, so führt der BGH in den Gründen aus, es verdiene Anerkennung, daß der Beamte den unterschlagenen Betrag ersetze. Daß er dabei seine strafbare Handlung verheimlichen wolle, sei verständlich. § 351 StGB sei daher auf einen solchen Fall nicht anwendbar. Wie diese Begründung zeigt, handelt es sich auch hier um eine klare Billigkeitsentscheidung.

Sehr instruktiv ist auch das Urteil 3,229 ff zu § 250, I, Ziff 1 StGB, in dem es heißt, daß der Täter ein gefährliches Werkzeug nur dann als Waffe bei sich führt, wenn er sich bewußt ist, daß er das Werkzeug bei der Tat als Waffe benutzen könnte.

Die Begründung dieses Urteils erschöpft sich im wesentlichen darin, daß auf diese Einschränkung nicht verzichtet werden könne, da sonst niemand, der ein Taschenmesser bei sich trage, ein einfachen Diebstahl begehen könnte.

Auch dieses Urteil beruht wieder ganz auf Billigkeits-erwägungen. Der BGH will damit die an sich kriminalpoli-tisch zweckmäßige Ausdehnung des Waffenbegriffs in § 250,

I, Ziff 1 StGB auch auf gefährliche Werkzeuge wieder auf ein gerechtes Maß zurückführen; denn jemand, der eine Waffe im technischen Sinn bei sich führt, hat wohl immer das Bewußtsein, sie bei der Tat benutzen zu können. So ist es nicht mehr als gerecht und billig, bei einer Person, die nur ein gefährliches Werkzeug, also weniger als eine Waffe im technischen Sinn bei sich hat, ihre Bestrafung aus § 250, I, Ziff 1 StGB ebenfalls an dieses Bewußtsein zu knüpfen, sonst könnte der Fall eintreten, daß ein Täter, der viel weniger gefährlich ist als einer der Waffen im technischen Sinn bei sich führt, dessen Tat also auch einen wesentlich geringeren Unrechtsgehalt hat, genauso schwer wie dieser bestraft wird, was aber ungerecht und unbillig wäre.

Auch der zu § 250, I, Ziff 3 StGB ergangenen Entscheidung 13,287 ff liegen u.a. Billigkeitserwägungen zugrunde, auch wenn sie vom BGH hauptsächlich mit dem Wortlaut dieser Norm begründet wird.

Ebenfalls ganz klar von Billigkeitserwägungen getragen ist das Urteil 4,24 ff zu § 205 StGB, wonach die Bestimmungsmensur mit Schlägern weder als Zweikampf noch als Körperletzung strafbar ist, wenn die üblichen Schutzmaßnahmen eingehalten werden, da es nicht darauf ankomme, ob die Waffe "an sich" tödlich sei, sondern nur darauf, wie sie in der Regel gebraucht werde.

Auch die folgenden zu einzelnen Strafvorschriften des Besonderen Teils des StGB ergangenen Entscheidungen sind mehr oder weniger stark von Billigkeitsgesichtspunkten bestimmt: 1,293 ff zu § 175 StGB; 2,315 ff zu §§ 48 i.V.m. 243; 259 StGB; 3,105 ff zu §§ 59; 223 b StGB; 3,248 ff zu § 154 StGB; 4,17 ff zu §§ 49 a; 218, I StGB; 5,263 ff zu § 264 a StGB; 5,301 ff zu § 356 StGB; 6,46 ff zu § 181 StGB; 6,144 ff zu § 343 StGB; 6,346 ff zu § 100 e StGB; 8,263 ff zu § 142 StGB; 9,162 ff zu § 252 StGB

10,400 ff zu § 247, I StGB; 11,241 ff zu §§ 223; 340 StGB; 12,30 ff zu § 132 StGB; 14,38 ff (45) zu §§ 246; 263; 350 StGB; 14,240 ff (255 ff) zu § 164, I und V StGB; 16,207 ff zu § 333 StGB; 16,394 ff zu § 306, Ziff 2 StGB; 17,280 ff zu § 176, I, Ziff 3 StGB; 17,328 ff zu § 240, II StGB; 17, 369 ff zu §§ 120; 48 StGB; 18,169 f zu § 176, I, Ziff 1 StGB; 18,363 ff zu § 306, Ziff 2 StGB; 19,221 ff zu § 93 StGB und 19,305 ff zu § 145 d StGB.

Auch einige bereits in anderem Zusammenhang besprochene Entscheidungen sollen hier noch einmal genannt werden.

So ist das Urteil 2,194 ff zu §§ 240; 59 StGB nicht nur von kriminalpolitischen Erwägungen beeinflusst ¹⁾, sondern ebenso sehr von Billigkeit Gesichtspunkten, da der BGH sagt, daß eine Strafmilderung bei verschuldetem Verbotsirrtum über den ordentlichen Strafraum hinaus nach unten zugunsten des Täters möglich sein müsse in analoger Anwendung von § 44, II und III StGB, zumal viele vorsätzliche Taten eine Milderung des Strafraums nicht vorsehen.

Die Entscheidung 12,42 ff zu § 183 StGB ist ebenfalls einerseits von kriminalpolitischen ²⁾, andererseits von Billigkeit Gesichtspunkten beeinflusst; denn obwohl der BGH zunächst den Begriff der "Öffentlichkeit" sehr weit ausdehnt, engt er dann den Anwendungsbereich von § 183 StGB in anderer Richtung wieder stark ein, indem er feststellt, daß unzüchtige mündliche Äußerungen nicht unter § 183 StGB fallen, weil sie meist einen viel geringeren Unrechtsgehalt als Handlungen hätten und diesen daher nicht gleichgestellt werden dürften. Es ist also ein reiner Billigkeitgedanke, der zu dieser

1) vgl. oben S. 113 f

2) vgl. oben S. 91 f

Einschränkung von § 183 StGB führte.

Schließlich sei auch auf die bereits besprochenen Entscheidungen 4,172 ff zu § 158 StGB ¹⁾ und 11,47 ff zu § 248 b StGB ²⁾; 18,151 ff zu § 91 StGB und 18,246 zu §§ 92; 100 d, II StGB ³⁾ in diesem Zusammenhang nochmals verwiesen.

II. Nach den von Billigkeitserwägungen zugunsten des Angeklagten getragenen Urteilen und Beschlüssen, die sich mit Fragen des materiellen Strafrechts befaßten, seien nun noch einige verfahrensrechtliche Billigkeitsentscheidungen besprochen.

Ganz deutlich erkennbar ist der Einfluß von Billigkeitsgesichtspunkten in 2,125 ff zu § 274 StPO. Danach ist die Berichtigung des Hauptverhandlungsprotokolls vom Revisionsgericht nicht zu berücksichtigen, wenn sie erst nach erhobener Verfahrensrüge vorgenommen wird, und dieser die Grundlage entzieht. Denn dadurch würde dem Beschwerdeführer die durch die Einlegung des Rechtsmittels erlangte Rechtsstellung entzogen.

Eine noch offenkundigere Billigkeitsentscheidung bildet das Urteil 5,312 ff zu § 358, II StPO, welches lautet: "Hat sich der Tatrichter bei der Wahl zwischen der Unterbringung in einer Heil- oder Pflegeanstalt oder der Sicherungsverwahrung mit fehlerhafter Begründung für die erste Maßregel entschieden, so kann er in der Hauptverhandlung noch die zweite Maßregel anordnen."

In den Gründen sagt der BGH zunächst selbst, daß dieses Urteil dem Wortlaut von § 358, II StPO widerspreche. Doch könnte dann ein vom Angeklagten als Beschwer empfundener Rechtsfehler nicht beseitigt werden. Damit würde aber

1) vgl. oben S. 35 f

2) vgl. oben S. 85 f

3) vgl. oben S. 106

der Zweck von § 358, II StPO, der dem Angeklagten eine Rechtswohlthat gewähren wolle, genau ins Gegenteil verkehrt. Dieser Widersinn könne nicht rechtens sein.

Der BGH setzt sich also in diesem Urteil nach seinen eigenen Worten aus reinen Billigkeitserwägungen über den klaren Wortlaut des Gesetzes hinweg, um zu dem von ihm gewünschten Ergebnis zu kommen.

In 10,174 ff zu § 298 StPO entscheidet der BGH:

"Wird der Angeklagte volljährig, ehe über das Rechtsmittel seines gesetzlichen Vertreters entschieden worden ist, so kann er das Rechtsmittel auch dann weiter betreiben, wenn er selbst vorher auf Rechtsmittel verzichtet hat;" denn wollte man eine Weiterführung des Rechtsmittels durch den volljährig Gewordenen nicht zulassen, dann könnte das zu unbilligen Nachteilen für den Angeklagten führen, die nicht wieder gutzumachen seien und deshalb vom Gesetz nicht gewollt sein könnten.

Auch in diesem Urteil ist der Einfluß von Billigkeitsgesichtspunkten ganz klar zu erkennen.

Weitere Billigkeitsentscheidungen zugunsten des Angeklagten auf prozessualen Gebiet sind die Urteile und Beschlüsse 1,211 ff zu § 15 StPO; 12,339 ff zu §§ 68 StGB; 357 StPO; 13,70 ff zu § 267, III StPO; 13,75 ff zu § 467, II StPO; 13,128 f zu §§ 333; 344; 352 StPO; 13,358 ff zu § 25 StPO; 2,63 ff; 5,338 ff; 13,388 ff und 17,44 ff zu § 335 StPO; 16,168 ff zu § 467, II, 2 StPO; 17,14 ff zu §§ 136 a, 302 StPO; 18,34 ff zu §§ 44; 112 StPO; 18,46 ff zu § 25 StPO; 18,127 ff zu §§ 54 - 56 OWiG; 358, II StPO; 18,257 ff u. 19,101 ff zu § 302 StPO; 18,268 ff zu §§ 21 StVG; 473 StPO; 18,274 ff zu §§ 67 StGB; 261 StPO; und 19,144 ff zu § 231, II StPO.

Auch auf die folgenden, an anderer Stelle bereits

besprochenen Urteile und Beschlüsse zu prozessualen Rechtsfragen sei in diesem Zusammenhang nochmals verwiesen: 2,63 ff zu § 335, I StPO; 2,85 ff zu § 265, II StPO; 2,371 ff zu § 265, I StPO; 3,334 ff zu § 140, I, Ziff 5 StPO; 4,364 ff zu § 274 StPO; 4,279 ff zu § 338, Ziff 6 StPO; 5,5 ff zu §§ 268, II; 275; 353 StPO; 7,69 ff zu §§ 140, II; 143 StPO; 7,381 ff und 8,105 ff zu § 140, III StPO; 11,335 ff und 12,337 ff; 15,234 ff und 16,193 ff zu § 68 StGB und 13,41 f zu § 358, II, 1 StPO.

- B. Neben den verhältnismäßig zahlreichen, von Billigkeits-
erwägungen zugunsten des Angeklagten getragenen Entschei-
dungen, gibt es auch eine Reihe von Billigkeitsentschei-
dungen, die sich auf andere Personen als den Angeklagten
beziehen. Sie werden nun besprochen.

In den beiden Entscheidungen 1,351 ff zu § 414 AO
und 9,96 ff zu § 245 a, III StGB schränkt der BGH die
Möglichkeit ein, Gegenstände, die dem Täter nicht gehören,
einzuziehen. Zur Begründung beruft er sich darauf, daß
auch in diesen Fällen das Schuldprinzip gelten müsse,
also die Einziehung von Gegenständen, die ohne jenes
Verschulden des Eigentümers zur Tat benutzt wurden, zu
offenbar unbilligen Ergebnissen führen würde. Es handelt
sich demnach bei diesen beiden Urteilen nach den eigenen
Worten des BGH um reine Billigkeitsentscheidungen zu-
gunsten der schuldlosen Eigentümer von zu Straftaten
benutzten Gegenständen.

Der Beschluß 19,7 ff zu Art. 103, I GG; §§ 28 Weing;
24 OWiG ist ebenfalls eine Billigkeitsentscheidung zu-
gunsten des tatunbeteiligten Eigentümers einer einzu-
ziehenden Sache.

Eine Billigkeitsentscheidung ganz eigener Art ist das Urteil 5,354 ff zu §§ 261; 338, Ziff 1 StPO. In ihm sagt der BGH, daß die Mitwirkung eines blinden Richters in einem als Tatgericht erkennenden Gericht in der Regel keine "nichtvorschriftsmäßige" Besetzung des Gerichts bedeutet und insbesondere nicht gegen den Grundsatz der Unmittelbarkeit verstößt.

In der Begründung heißt es, daß bei einem Blinden erfahrungsgemäß die anderen Sinnesorgane, vor allem das Hörvermögen, besser als bei anderen Menschen ausgeprägt seien, was im hohen Maße einen Ausgleich für die Blindheit schaffe. Daher könne die Blindheit nicht unterschiedlich gegenüber anderen körperlichen Mängeln wie z.B. Schwerhörigkeit, Kurzsichtigkeit usw. behandelt werden.

Der vom BGH in dieser Begründung versuchte Nachweis, daß zwischen Blindheit und den anderen, von ihm beispielhalber angeführten körperlichen Mängeln nur ein unwesentlicher, gradueller Unterschied bestehe, überzeugt nicht; denn das Sehvermögen ist das Sinnesorgan, das dem Menschen den besten, nachhaltigsten und unmittelbarsten Eindruck von seiner Umwelt gibt, und dessen Verlust am wenigsten zu ersetzen oder auch nur auszugleichen ist. Das Fehlen des Sehvermögens ist daher essentiell unterschiedlich vom Fehlen anderer Sinnesorgane und es beeinträchtigt in hohem Maße den unmittelbaren Eindruck vom Angeklagten. Es wäre daher wohl richtiger, die Mitwirkung eines blinden Richters bei einem erkennenden Gericht des ersten Rechtszuges nicht zuzulassen. Doch wollte der BGH dieses Ergebnis offensichtlich vermeiden, um vor allem den vielen kriegsblinden Juristen nicht den Weg zum Richteramt zu verbauen. Das ist der ausschlaggebende Zweck dieser Entscheidung. Man kann es daher wohl als eine ganz eindeutige Billigkeitsentscheidung zugunsten von blinden Richtern ansehen.

Von Billigkeitserwägungen zugunsten des durch eine falsche Anschuldigung oder eine üble Nachrede Verletzten

sind die beiden Urteile 10,306 ff zu § 165 StGB und 11,273 ff zu §§ 186; 193 StGB getragen.

Die beiden Entscheidungen 11,57 ff zu § 7, II StPO und 11,189 ff zu §§ 473, I, 1 und 471, II StPO wollen verhindern, daß der Privatkläger bzw. der Nebenkläger durch oder nach der Übernahme des Verfahrens durch die Staatsanwaltschaft schlechter gestellt wird, als wenn sie das Verfahren allein weiterbetrieben hätten. Auch diese Urteile sind also von Billigkeitsgesichtspunkten zugunsten Dritter beeinflußt.

Der Beschluß 17,376 ff zu §§ 464; 471, III; 473, I StPO ist ebenfalls eine Billigkeitsentscheidung zugunsten des Privatklägers.

Auch das Urteil 13,363 ff zu § 61 StGB ist eine verfahrensrechtliche Billigkeitsentscheidung zugunsten des durch eine Straftat Verletzten, da der BGH hier ausspricht, daß unter bestimmten Umständen ein Strafantrag auch schon vor Begehung der Straftat, auf die sich der Antrag bezieht, gestellt werden kann.

Die größte Gruppe innerhalb der sich auf andere Personen als den Angeklagten beziehenden Billigkeitsentscheidungen bilden diejenigen, die zugunsten der Zeugen ergingen. Das ist umso verständlicher, als die Zeugen an den Verfahren selbst meistens ganz unbeteiligt sind und sich nur zum Nutzen der Allgemeinheit für ihre Aussage zur Verfügung stellen müssen. Es ist daher nicht mehr als recht und billig, sie soweit wie möglich in ihren berechtigten Interessen zu schützen.

Das kommt ganz klar in dem Urteil 9,297 ff zu § 251, I, Ziff. 2 StPO zum Ausdruck. Hier sagt der BGH, daß diese Vorschrift sinngemäß anwendbar ist, wenn die Vernehmung

eines Zeugen in der Hauptverhandlung für ihn eine erhebliche Verschlimmerung eines ernststen Leidens zur Folge hätte, die bei einer kommissarischen Vernehmung vermeidbar wäre. Allerdings muß der BGH in den Gründen selbst zugeben, daß der strenge Wortlaut von § 251, I, Ziff 2 StPO einer derartigen Auslegung entgegensteht.

Dieses Urteil ist demnach eindeutig von Billigkeitserwägungen zugunsten kranker Zeugen beeinflusst.

Auch das Urteil 14,30 ff (37) ist u.a. von der Erwägung beeinflusst, eine übermäßige und wiederholte Belästigung der Zeugen zu vermeiden.

Mit einer möglichst weitgehenden und für die Zeugen günstigen Berücksichtigung der seelischen Zwangslage, in die sie dadurch geraten können, daß sie einerseits durch ihre Aussage sich selbst einer Straftat bezichtigen müßten oder als Verletzte gegen den Angeklagten vorgekommen sind oder aus bestimmten persönlichen Gründen den Angeklagten schonen wollen, andererseits aber zur Aussage verpflichtet sind, oder ein Dritter, z.B. ein Sachverständiger, Richter, Polizist über eine frühere Aussage von ihnen als Zeuge vernommen werden kann, befassen sich das Urteil 9,34 ff zu § 55 StPO und die schon in anderem Zusammenhang genannten Entscheidungen 6,382 ff zu § 60, Ziff 3 StPO ¹⁾; 4,202 ff und 5,85 ff zu § 61, Ziff 2 StPO ²⁾ sowie 2,99 ff ³⁾ und 13,1 ff zu § 252 StPO. Endlich gehört auch noch das ebenfalls schon an anderer Stelle besprochene Urteil 12,240 f zu § 81 c StPO ⁴⁾ sowie die inhaltlich damit zusammenhängenden Urteile 14,159 ff und 19,85 ff zu § 52 StPO hierher, ebenso das Urteil 13,252 ff zu §§ 241, II; 68 a StPO ⁵⁾. Alle diese Entscheidungen wollen also, soweit es für die

1) vgl. oben S. 32 f

2) vgl. oben S. 32 f

3) vgl. oben S. 37 f

4) vgl. oben S. 9 f

5) vgl. oben S. 34

Wahrheitserforschung im Strafverfahren tunlich ist, eine unbillige Härte für die Zeugen, die sich in einer seelischen Zwangslage befinden, vermeiden.

Dritter Abschnitt: Zusammenfassender Rückblick auf die die Rechtsprechung des BGH zum materiellen Strafrecht beherrschenden außer-gesetzlichen Erwägungen

Bei einer kritischen zusammenfassenden Betrachtung der in der Rechtsprechung des BGH zum materiellen Strafrecht maßgebenden außergesetzlichen Einflüsse fällt auf, daß es sich dabei um sehr wenige außergesetzliche Erwägungen handelt. Es sind dies, abgesehen von dem Gesichtspunkt der Flüssigkeit und Leichtigkeit des Verkehrs in einigen verkehrsrechtlichen Entscheidungen, nur die beiden großen Gruppen der kriminalpolitischen und der Billigkeitserwägungen in ihren verschiedenen Einzelausprägungen.

Sowohl die kriminalpolitischen als auch die Billigkeits-erwägungen sind aber wiederum ein Ausfluß der materiellen Gerechtigkeit in der für das materielle Strafrecht spezifischen Form. Es sind die beiden Grundprinzipien, die das materielle Strafrecht beherrschen; denn dieses will einerseits den Anspruch des Staates auf Beachtung gewisser zum Schutz des einzelnen Staatsbürgers und der gesamten Volksgemeinschaft ergangener Rechtsvorschriften verwirklichen helfen, andererseits soll und will es aber in die persönliche Freiheitssphäre des Einzelnen, in der dieser sich frei von staatlichem Zwang bewegen kann, nicht mehr eingreifen, als es unbedingt für ein geordnetes Zusammenleben der Menschen nötig ist. Dieses Ziel erreicht das materielle Strafrecht dadurch, daß es die Verletzung gewisser Rechtsgüter, deren Schutz im Interesse der Allgemeinheit liegt, unter Strafe stellt, während die Verletzung

anderer Rechtsnormen, die nur Bedeutung für die einzelnen gerade davon betroffenen Personen haben, für diese vielleicht zivilrechtliche Nachteile mit sich bringt, aber keine Bestrafung nach sich zieht. Den Maßstab dafür, wann und inwieweit eine Handlung strafbar ist, bildet für den Gesetzgeber ein Hauptbestandteil der materiellen Gerechtigkeit, nämlich der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Stellt sich danach ein Verstoß gegen die Ordnung der Volksgemeinschaft seiner Art und Schwere nach unter Berücksichtigung des Anspruches des Einzelnen auf freies Handeln und des Anspruchs der Allgemeinheit auf Einhaltung der für ein geordnetes Zusammenleben geschaffenen Normen als so bedeutend dar, daß eine Bestrafung des Täters nötig erscheint, so ist es kriminalpolitisch zweckmäßig die Strafbarkeit gesetzlich zu normieren, andernfalls ist es gerecht und billig, diese Handlung straffrei zu lassen.

Indem nun der BGH das Gesetz, soweit es ihm nötig erscheint, mit Hilfe dieser beiden Pole der materiellen Gerechtigkeit, die im Wesen des materiellen Strafrechts selbst begründet sind, modifiziert, ist seine Rechtsprechung zum materiellen Strafrecht aus diesem Grunde schon objektiv auf die Verwirklichung der materiellen Gerechtigkeit gerichtet, da wie eben dargelegt, die kriminalpolitischen und die Billigkeitserwägungen Ausstrahlungen der materiellen Gerechtigkeit sind, also eine Entscheidung, die wirklich aus kriminalpolitischen oder Billigkeitsgründen gefordert wird, notwendigerweise gerecht sein muß. Die materielle Gerechtigkeit ist also neben den schon erwähnten wenigen auf die praktischen Verkehrsbedürfnisse gerichteten Erwägungen letztlich die einzige "außergesetzliche" Erwägung, von der die Rechtsprechung des BGH zum materiellen Strafrecht bestimmt ist.

Das gilt auch für die Billigkeitserwägungen zugunsten Dritter. Auch die davon beeinflussten Urteile und Beschlüsse versuchen die materielle Gerechtigkeit zu verwirklichen, indem sie verhindern, daß die ohne Verschulden und teil-

weise sogar ohne eigenes Zutun am Verfahren im weitesten Sinn beteiligten dritten Personen in einer für die Verwirklichung des Zweckes des Strafverfahrens unverhältnismäßig starken und daher unnötigen Weise in ihren berechtigten Interessen beeinträchtigt werden. Das wird besonders an den Entscheidungen deutlich, die zugunsten der Zeugen ergingen, da sie sich fast immer allein im Interesse des Staates für das Strafverfahren zur Verfügung stellen müssen, es also durchaus billig ist, sie sowenig wie möglich in ihrer Privatsphäre zu beeinträchtigen.

Diese deutliche Ausrichtung der Rechtsprechung des BGH zum materiellen Strafrecht auf die materielle Gerechtigkeit ist jedoch kein bloßer Zufall. Aus der Tatsache der beinahe ausschließlichen Berücksichtigung von außer-gesetzlichen Erwägungen, die bereits ihrer objektiven Natur nach auf die Verwirklichung der dem materiellen Strafrecht immanenten Gerechtigkeit hinzielen, und aus der großen Anzahl der davon beeinflussten Entscheidungen kann man vielmehr schließen, daß sich der BGH in seiner Rechtsprechung zum materiellen Strafrecht sehr bewußt und ausdrücklich die Verwirklichung der materiellen Gerechtigkeit zum Ziel gesetzt hat. Wollte der BGH nämlich dieses Ziel erreichen, so konnte er nur mit Hilfe der kriminalpolitischen und der Billigkeitserwägungen die einzelnen Strafgesetze auslegen um so, durch die Anwendung dieser bereits im materiellen Strafrecht selbst enthaltenen Kriterien für eine gerechte Entscheidung auch den zur Aburteilung vorliegenden Einzelfall gerecht beurteilen zu können.

Die andere Möglichkeit wäre für den BGH gewesen, sich entweder mehr oder weniger genau an den Wortlaut des Gesetzes zu halten, also seine Rechtsprechung an einer rein formalen Übereinstimmung mit dem Gesetz auszurichten, oder aber sich jeweils von Fall zu Fall von vordergründigen Zweckmäßigkeitserwägungen leiten zu lassen, ohne die Ent-

scheidung an der materiellen Gerechtigkeit zu orientieren. Beide Wege ist der BGH nicht gegangen.

Auch der BGH selbst beruft sich zur Begründung einer Vielzahl von Entscheidungen auf die materielle Gerechtigkeit, bezeichnet diese also damit als das Ziel seiner Rechtsprechung. So spricht er selbst oft davon, daß die Gerechtigkeit eine Entscheidung erfordere und zwar sowohl im Rahmen von kriminalpolitisch zweckmäßigen als auch zur Begründung von Billigkeitsurteilen. Oder er beruft sich auf die Strafwürdigkeit des Täters, d.h. darauf, daß eine nicht unmittelbar vom Gesetz erfaßte strafbare Handlung in ihrem Unrechtsgehalt und im Hinblick auf die Schuld des Täters einer ähnlichen, im Gesetz geregelten Straftat gleich ist, der Täter also ebenso strafwürdig ist, wie einer, der die im Gesetz normierte Straftat begeht. Parallel dazu spricht der BGH, vor allem im Rahmen der Billigkeitsentscheidungen, häufig von einer das Rechtsgefühl verletzenden Ungleichheit der Behandlung gleichartiger Fälle, die vermieden werden müsse, da sie zu unbilligen und ungerechten Ergebnissen führen würde. Auch daraus kann man also ersehen, daß die kriminalpolitischen und die Billigkeitserwägungen nicht nur wesensmäßig zu gerechten Entscheidungen im Strafrecht beitragen, sondern der BGH dieses Ziel ganz bewußt anstrebt.

Auf die Frage, warum trotzdem nicht alle Entscheidungen des BGH gerecht sind, und inwiefern von den auf die Verwirklichung der materiellen Gerechtigkeit gerichteten Erwägungen überhaupt noch von außergesetzlichen Gesichtspunkten gesprochen werden kann, soll weiter unten noch eingegangen werden.

Zweiter Teil

Schlußfolgerungen und Resultate, die sich aus der Besprechung der von Zweckmäßigkeits- und Billigkeitserwägungen beeinflussten Ent- scheidungen ergeben

Nachdem nun anhand von Beispielen die wichtigsten Zweckmäßigkeits- und Billigkeitserwägungen besprochen sind, die die strafrechtliche Rechtsprechung des BGH beeinflusst haben, sei nun noch ein kurzer zusammenfassender Rückblick angefügt.

- I. Am meisten fällt wohl die bereits oben erwähnte Tatsache ¹⁾ ins Auge, daß sich der BGH bei seiner Rechtsprechung sowohl zum Strafprozeßrecht wie auch zum materiellen Strafrecht fast ausschließlich von Erwägungen leiten läßt, die im Wesen dieser Rechtsnormen selbst begründet sind. Dieses Ergebnis erscheint deshalb besonders erwähnenswert, weil man, wenn man vom Einfluß von Zweckmäßigkeitserwägungen auf gerichtliche Entscheidungen hört, damit im allgemeinen die Vorstellung verbindet, daß sich die Gerichte von mehr oder weniger willkürlichen, nur vom Einzelfall diktierten Gesichtspunkten, die keinen inneren Zusammenhang mit dem Gesetz haben beeinflussen lassen. Der BGH dagegen schafft schon durch die Auswahl der Erwägungen, denen er in seiner Rechtsprechung fast ausschließlich Raum gibt, die Voraussetzung dafür, daß in seinen Entscheidungen, soweit sie sich auf das Strafverfahrensrecht beziehen, die diesem immanente formale Gerechtigkeit, und soweit sie sich auf das materielle Strafrecht beziehen, die diesem immanente materielle Gerechtigkeit verwirklicht wird. Ließe sich nämlich der BGH von irgendwelchen beliebigen vordergründigen

1) vgl. oben S. 73 ff u. S. 156 ff

nicht an diesen Grundlagen des Strafverfahrensrechts und des materiellen Strafrechts orientierten Gesichtspunkten leiten, würde es mehr oder weniger vom Zufall abhängen, ob diese Erwägungen zu einer gerechten Entscheidung führen würden, d.h. anders ausgedrückt, ob sie einem gerechten Urteil nicht entgegenstehen würden; denn ihrem Wesen nach würden solche Erwägungen nicht auf eine gerechte Entscheidung hinzielen. Es müßten vielmehr zu ihnen in jedem Fall noch andere Kriterien hinzutreten um die Gerechtigkeit eines Urteils zu gewährleisten. Die außergesetzlichen Gesichtspunkte, die der BGH beachtet hat, führen dagegen, sofern sie richtig angewandt werden, notwendigerweise zur Konkretisierung des eigentlichen letzten Sinns des materiellen Strafrechts oder des Strafverfahrensrechts, nämlich der Verwirklichung der Gerechtigkeit in der jeweils für das Strafverfahrensrecht und das materielle Strafrecht spezifischen Form und damit zu gerechten Einzelentscheidungen, da diese Gesetze wie bereits oben gesagt wurde, ¹⁾ an der Gerechtigkeit ausgerichtet sind. Aus der vom BGH getroffenen Auswahl der außergesetzlichen Erwägungen läßt sich daher die Tendenz seiner Rechtsprechung entnehmen, nämlich die Realisierung der dem Strafverfahrensrecht innewohnenden Grundvorstellung eines gerechten und sinnvollen Strafverfahrens und die Konkretisierung der dem materiellen Strafrecht immanenten grundlegenden Kriterien für eine gerechte Sachentscheidung.

Wenn man sich dieses Ergebnis vor Augen hält, so verwandelt sich die vielleicht zunächst vorhandene Abneigung einer Beeinflussung der Rechtsprechung durch Zweckmäßigkeitserwägungen in Zustimmung. Man kommt darüber hinaus zu dem Ergebnis, daß der Einfluß der vom BGH beachteten außergesetzlichen Gesichtspunkte nicht nur erlaubt und begrüßenswert sondern unbedingt notwendig ist, um den unvollkommenen abstrakten und daher nicht alle Einzelfälle des Lebens erfassenden Wortlaut eines Gesetzes zu

1) vgl. oben S. 73 ff u. S. 156 ff

ergänzen und so zu lebensnahen und gerechten Entscheidungen zu gelangen.

II. Es erhebt sich nun unwillkürlich die Frage, warum trotz der Beachtung von außergesetzlichen Gesichtspunkten, die schon ihrer Natur nach auf gerechte Entscheidungen hinzielen, doch nicht alle davon beeinflussten Urteile und Beschlüsse des BGH gerecht sind. Das hat seinen Grund darin, daß diese Erwägungen nicht die Gerechtigkeit selbst in ihrer reinen und vollkommenen Form sind, sondern nur Mittel zu ihrer Verwirklichung, also mit ihrer mehr oder weniger zufälligen Beachtung eine Entscheidung noch nicht automatisch gerecht wird. Diese Erwägungen beziehen sich vielmehr jeweils nur auf Teilbereiche der Gerechtigkeit, die sich aus verschiedenen Komponenten zusammensetzt. So beruht im materiellen Strafrecht ein gerechtes Urteil auf einer richtigen Abwägung und einem daraus sich ergebenden sachgemäßen Ausgleich zwischen kriminalpolitischen und Billigkeitserwägungen oder im Strafverfahrensrecht gründet sich eine richtige Entscheidung z.B. auf einen Ausgleich zwischen prozeßökonomischen und rechtsstaatlichen Erwägungen. Der BGH muß nun, wie jedes andere Gericht auch, die richtige Auswahl zwischen diesen verschiedenen Gesichtspunkten treffen, oder einen sachgemäßen Ausgleich zwischen ihnen herbeiführen, je nachdem, ob im Einzelfall nur die Beachtung eines Gesichtspunktes oder aber das Zusammenwirken mehrerer Erwägungen zu einem gerechten Urteil führt. Der Grund für ungerechte Entscheidungen des BGH liegt demnach darin, daß er eine falsche Abwägung zwischen den sich ihm anbietenden Gesichtspunkten vornimmt und so einen bestimmten Zweck überbetont und andere Aspekte, die ebenfalls oder ausschließlich hätten beachtet werden müssen, beiseite schiebt.

III. Obwohl also auch die vom BGH beachteten Gesichtspunkte zu ungerechten Entscheidungen führen können, zielen sie doch

ihrem Wesen nach im Fall richtiger Anwendung auf gerechte Ergebnisse hin, da sie bis auf wenige Ausnahmen Teilbereiche der Gerechtigkeit verwirklichen helfen, also in einem Einzelfall, bei dem bestimmte Bestandteile der Gerechtigkeit besonders beachtet werden müssen, um ihn gerecht beurteilen zu können, die Berücksichtigung der dazugehörenden außergesetzlichen Erwägungen notwendigerweise zu einem gerechten Urteil führt. Anders ist es aber z.B. bei den auf Wahrung eines reibungslosen flüssigen Verkehrs bedachten Erwägungen. Ihre richtige Anwendung führt zwar zur Erreichung des erstrebten verkehrstechnischen Zwecks, nicht aber unbedingt zu einer gerechten Entscheidung; denn der Verkehr kann auf gerechte wie ungerechte Weise flüssig gestaltet werden, und die Verkehrsvorschriften, aus denen diese Gesichtspunkte entnommen werden, sind nicht wie das Strafverfahrensrecht oder das materielle Strafrecht in erster Linie an der Gerechtigkeit, sondern an den Verkehrsbedürfnissen orientiert. Der Zweck der Verkehrsflüssigkeit ist also seiner Natur nach der Gerechtigkeit gegenüber völlig neutral, d.h. er hindert sie nicht noch fördert er sie. Ein von diesem Zweck bestimmtes Urteil wird demnach nur dann gerecht, wenn daneben auch noch andere Gesichtspunkte, die ihrem Wesen nach auf Wahrung der Gerechtigkeit gerichtet sind beachtet werden. So sind z.B. bei den meisten vom Zweck der Verkehrsflüssigkeit getragenen Entscheidungen daneben noch Billigkeitserwägungen beachtet worden, und durch sie werden diese Entscheidungen gerecht. Werden dagegen diese oder auch kriminalpolitische Erwägungen bei den verkehrrechtlichen Entscheidungen außer acht gelassen und der verkehrstechnische Zweck als oberstes Ziel des jeweiligen Urteils verabsolutiert, so führt das zwar zu verkehrstechnisch zweckmäßigen, aber ungerechten Urteilen. An der Gegenüberstellung der verkehrspolitischen zu den sonstigen vom BGH beachteten Gesichtspunkten ist also am besten der Wesensunterschied zwischen ihnen zu erkennen. Daran zeigt

sich auch deutlich, daß die sonstigen vom BGH beachteten Gesichtspunkte wesensmäßig auf die Verwirklichung von Teilbereichen der im materiellen Strafrecht und Strafverfahrensrecht enthaltenen Grundidee für ein gerechtes und sinnvolles Strafverfahren oder eine gerechte Sachentscheidung hin ausgerichtet sind.

IV. Diese Tatsache ist auch der Grund dafür, daß trotz der Fülle der von Zweckmäßigkeits- und Billigkeitserwägungen getragenen Entscheidungen nur so wenige Arten und Gruppen von außergesetzlichen Einflüssen festgestellt werden konnten. Um nämlich die dem Strafverfahrensrecht immanente Konzeption eines geordneten, sinnvollen und gerechten Verfahrens oder die dem materiellen Strafrecht innewohnende allgemeine und für alle Einzelfälle geltende Vorstellung einer gerechten Sachentscheidung in die Wirklichkeit umzusetzen, konnte der BGH nur den Gesichtspunkten in seiner Rechtsprechung Raum geben, die auf dieses Ziel hin ausgerichtet sind. Da sich nun die Gerechtigkeit des Strafverfahrensrechts auf eine Abwägung zwischen den Erfordernissen eines zweckentsprechenden Strafverfahrens und den Rechten des Angeklagten und seiner Hilfspersonen oder denen der Zeugen gründet und die des materiellen Strafrechts in einem Ausgleich zwischen dem Anspruch des Staates auf Einhaltung einer gewissen unbedingt notwendigen Ordnung und dem Freiheitsrecht des Einzelnen besteht, konnte der BGH nur Erwägungen berücksichtigen, die diesen Ausgleich verwirklichen helfen; d.h. er mußte sich in seinen Entscheidungen zum Strafverfahrensrecht darauf beschränken einerseits prozeßökonomische und sonstige den äußeren Ablauf des Strafverfahrens betreffende Erwägungen zu beachten, andererseits auf eine Führung der rechtsstaatlichen Prinzipien des Strafverfahrens bedacht zu sein, während er ^{sich} in seiner Rechtsprechung zum materiellen

Strafrecht nur von kriminalpolitischen Zweckmäßigkeits- oder Billigkeitserwägungen leiten lassen durfte, falls er die dem materiellen Strafrecht immanente Gerechtigkeit realisieren wollte. Aus diesen Darlegungen ergibt sich also, daß man zumindest als einen möglichen Grund für die wenigen Arten der vom BGH berücksichtigten außergesetzlichen Gesichtspunkte sein Streben nach Verwirklichung der dem Strafverfahrensrecht und dem materiellen Strafrecht innewohnenden Gerechtigkeit ansehen kann.

V. Eine weitere sehr auffällige, mit der Berücksichtigung verschiedenartiger Zweckmäßigkeits- und Billigkeitserwägungen zusammenhängende Erscheinung in der Rechtsprechung des BGH ist die Tatsache, daß der BGH zu einer Reihe von gesetzlichen Vorschriften oder zu bestimmten Rechtsfragen teilweise sehr voneinander abweichende oder sogar ganz gegensätzliche Entscheidungen gefällt hat. Würde er nämlich nur den Wortlaut des Gesetzes oder innerhalb einer bestimmten Gruppe von Fällen immer nur denselben Gesichtspunkt beachten, so müßte er die einzelnen Vorschriften immer in derselben Weise anwenden oder bestimmte Rechtsfragen immer auf die gleiche Art und Weise lösen. Unterschiedliche Urteile zu gleichen oder doch nahezu gleichartigen Einzelfällen sind demnach nur als Folge der Beachtung verschiedenartiger Zweckmäßigkeits- oder Billigkeitserwägungen denkbar.

Die Berücksichtigung verschiedener außergesetzlicher Erwägungen bei der Beurteilung gleicher Lebensvorgänge kann aus zwei Wurzeln entspringen. Entweder ist sie ein Ausdruck der Willkür oder aber sie ist die Folge des Suchens nach einer gerechten Entscheidung. Beim BGH ist das letztere der Fall. Das folgt schon aus dem bisher Gesagten. Es wurde nämlich bereits festgestellt, daß die vom BGH beachteten außergesetzlichen Erwägungen bis auf wenige

Ausnahmen wesensmäßig auf die Verwirklichung der Gerechtigkeit in ihren unterschiedlichen Ausprägungen gerichtet sind und daß der BGH solchen Gesichtspunkten nicht nur mehr oder weniger zufällig, sondern ganz konstant in seiner Rechtsprechung Raum gegeben hat, also mit Hilfe dieser Erwägungen die an der Gerechtigkeit orientierten Grundprinzipien des Strafverfahrensrechts und des materiellen Strafrechts in den ihm zur Entscheidung vorliegenden Einzelfällen konkretisieren und realisieren will. Daraus kann man schließen, daß sich der BGH auch dann, wenn er bei der Beurteilung gleicher Tatbestände verschiedenen außergesetzlichen Erwägungen Raum gibt und so zu unterschiedlichen Entscheidungen kommt, von dem Bestreben nach Verwirklichung der Gerechtigkeit leiten läßt.

Dieses Ergebnis wird auch noch durch eine andere Beobachtung gestützt. Der BGH entscheidet nämlich auch in solchen Fällen nicht ohne jeden sachlichen Grund einmal so und ein andermal so, sondern er weicht bei einem konkreten Fall von der bisherigen Linie seiner Rechtsprechung ab, um dann in gleichgelagerten Fällen dauernd oder doch für längere Zeit die neueingeschlagene Richtung zu verfolgen. Er ändert dabei entweder seine Meinung darüber, was in derartigen Fällen als gerecht anzusehen ist und gibt daher anderen außergesetzlichen Gesichtspunkten als den bisher beachteten Raum, oder er entscheidet ebenfalls unterschiedlich, weil die einzelnen vergleichbaren Fälle doch in Einzelheiten so sehr voneinander abweichen, daß ihm eine Berücksichtigung anderer Erwägungen und damit eine unterschiedliche Beurteilung angebracht erscheint.

Diese plötzliche Änderung der rechtlichen Beurteilung gleicher oder doch sehr ähnlicher Lebensvorgänge läßt nun nicht etwa in Wirklichkeit auf eine willkürliche Handhabung des Gesetzes durch den BGH schließen, sondern ist notwendigerweise mit dem Streben nach gerechten Entscheidungen verbunden. Die Gerechtigkeit ist nämlich in ihrem

eigentlichen Kern nicht in Normen zu fassen, sondern diese enthalten immer nur Bruchstücke, Ausstrahlungen von ihr. Daraus folgt, daß es gar nicht zu vermeiden ist, daß man auf der Suche nach ihr zu recht unterschiedlichen Ergebnissen kommen kann, da es eben keine allgemeine Norm gibt, die die volle Gerechtigkeit enthält, sondern eine gerechte Entscheidung letztlich in dem Gerechtigkeitsempfinden des Richters wurzelt. Dieses Gerechtigkeitsempfinden kann sich aber, besonders in schwierig und entscheidenden Grenzfällen, wandeln, da es nicht etwas ein für allemal Festliegendes ist, sondern durch die Umwelteinflüsse, denen ein Richter ausgesetzt ist, ständig geformt und möglicherweise auch geändert wird. So kann sich auch im Laufe der Zeit die Beurteilung desselben Sachverhalts ändern, da sich die Erkenntnis über die rechtliche Bedeutung der Art von Fällen, denen auch der gerade zu entscheidende angehört, ändern und vertiefen kann. Man kann die verschiedenen Stufen des Suchens und Findens der Gerechtigkeit mit konzentrischen Kreisen vergleichen, die sich um einen Mittelpunkt bilden. So umkreist auch der BGH manche, im Rechtsleben besonders bedeutsame Normen oder Rechtsfragen immer wieder und beleuchtet sie von verschiedenen Seiten und dringt so im Verlauf mehrerer Entscheidungen immer mehr in ihren Kern vor. Und zwar gilt das sowohl dann, wenn er Einzelfälle, die er zwar unter dieselbe Rechtsvorschrift subsumieren muß, die aber doch mehr oder weniger stark voneinander abweichen, verschieden beurteilt, also die entsprechende Norm jeweils etwas anders auslegt und in anderer Richtung anwendet; als auch in den Fällen, in denen der BGH, obwohl sie untereinander genau oder nahezu gleich sind, doch das Gesetz plötzlich anders auslegt.

Wenn man diese letztlich im Wesen der Suche nach gerechten Entscheidungen liegenden Gründe für eine Änderung der Rechtsprechung des BGH in bestimmten Fällen betrachtet erkennt man, daß diese Änderung nicht seiner Willkür, son-

dem seinen Bemühen um wirklich gerechte nicht nur gesetzliche Urteile entspringt.

Als Beispiele für die Änderung der Rechtsprechung des BGH zu bestimmten Rechtsfragen seien einige besonders instruktive, bereits an anderer Stelle besprochene Entscheidungen noch einmal genannt.

In 5,378 ff; 7,134 ff; 8,390 ff und 13,403 ff entscheidet der BGH, daß Teilnehmer an einem Diebstahl an den gestohlenen Sachen auch Hehlerei begehen können. Damit setzt er sich in Widerspruch zu den beiden Entscheidungen 2,315 ff und 4,4 ff, in denen er genau das Gegenteil sagt. Hier liegt also ein Fall vor, in dem sich die Abfassung des BGH über die gerechteste Beurteilung eines bestimmten strafbaren Sachverhalts geändert hat.

Ähnlich verhält es sich mit der Meinungswandel des BGH zur Frage des Vertrauensschutzes im Straßenverkehr. Während er in 1,309 ff noch entscheidet, daß ein Kraftfahrer damit rechnen müsse, daß ein entgegenkommandes Kraftfahrzeug aufbleibe, also die nicht auf das verkehrsrichtige Verhalten des anderen Verkehrsteilnehmers verlassen dürfe, vertritt er in 12,81 ff genau das Gegenteil und hat auch in 4,47 ff und 7,118 ff zur Frage des Vorfahrtsrechts schon entschieden, daß ein Verkehrsteilnehmer grundsätzlich auf das verkehrsrichtige Verhalten der anderen vertrauen dürfe. In die gleiche Richtung geht auch der Beschluß 13,169 ff zu §§ 1; 9 StVO. Auch hier änderte der BGH seine Meinung über das, was die gerechteste Lösung einer Rechtsfrage ist.

Die folgenden als weitere Beispiele angeführten unterschiedlichen Urteile zu denselben Rechtsfrage beruhen dagegen auf meist nicht allzu großen Verschiedenheiten über zu beurteilende Sachverhalte, die dem BGH aber so wesentlich erschienen, daß er, um ein jeweils gerechtes

Ergebnis zu erreichen, eine Norm oder einen Rechtsbegriff in ganz unterschiedlicher Weise auslegt und anwendet.

So sagt er in 1,298 ff, daß "Verletzter" im Sinn von § 22, Ziff 1 StPO nur der durch die abzuurteilende Tat unmittelbar Betroffene ist, während er in 4,202 ff und 5,85 ff feststellt, "Verletzter" im Sinn von § 61, Ziff 2 StPO sei auch ein nur mittelbar Geschädigter.

In diesem Zusammenhang sei noch auf die unterschiedliche Auslegung des Begriffs "unzüchtige Handlung" im Rahmen von §§ 176, I, Ziff 3 und 183 StGB in den Entscheidungen 1,168 ff und 12,42 ff verwiesen, oder auf die Unterschiede, die im Gebrauch des Begriffs "Beteiligung" an einer Tat gemacht werden in 4,167 ff zu § 346 StGB und 4,368 ff und 6,382 ff zu § 60, Ziff 3 StGB; weiter auf die verschiedenen Begriffe von "Gebäude" in der Rechtsprechung zu § 17 UnedelMetG und zu § 243, I, Ziff 2 StGB in 3,300 ff; schließlich auf die verschiedenen Folgen der Anrechnung von Untersuchungshaft in den §§ 26 und 23 StGB in 6,215 ff und 6,391 ff; endlich auf die unterschiedliche Auslegung von § 315 a, I, Ziff 1 in 6,219 ff und 7,379 ff.

Das Bemühen um wirklich gerechte Entscheidungen zeigt sich aber auch in den zahlreichen Fällen, in denen der BGH zu einer bestimmten Rechtsfrage oder zu einem bestimmten Gesetz mehrere gleiche Urteile fällt; denn auch in der Mehrzahl dieser Entscheidungen überprüft er eine einmal gefundene Rechtsauffassung immer wieder neu auf ihre Richtigkeit hin, indem er sich nicht nur auf seine ständige Rechtsprechung, also auf eine rein formalistische Begründung beruft, sondern darüber hinaus noch weitere, gerade für den zu beurteilenden Einzelfall passende Gesichtspunkte anführt, warum er an der ständigen Recht-

sprechung festhält und dieses Festhalten als gerecht ansieht.

Schließlich findet das Streben des BGH nach gerechten Entscheidungen auch in der Tatsache Ausdruck, daß er in vielen Urteilen und Beschlüssen mehrere, teilweise sogar entgegenstehende außergesetzliche Gesichtspunkte berücksichtigt, also wirklich versucht, eine richtige angemessene Abwägung unter den verschiedenen berücksichtigungswerten Zwecken, die er mit seiner Entscheidung verfolgt, vorzunehmen. Als Beispiele seien nur die Entscheidungen 2,99 ff und 14,30 ff (37) genannt. An ihnen ist das Gesagte besonders klar zu erkennen.

VI. Die sehr häufige Berücksichtigung außergesetzlicher Erwägungen, die in den weitaus meisten Fällen aus dem Bestreben des BGH nach möglichst gerechten Entscheidungen entspringt, hat eine große Kasuistik in der Rechtsprechung und eine dementsprechende Vernachlässigung der Rechtssicherheit zur Folge. Der BGH muß sich wie jedes Gericht ständig zwischen den beiden Polen jeder Rechtsprechung, einer möglichst großen Lebensnähe und Gerechtigkeit und damit Differenziertheit der Urteile einerseits und einer gewissen Vereinheitlichung und dadurch Stetigkeit in seiner Rechtsprechung, d.h. Rechtssicherheit, andererseits entscheiden. Dabei fällt ihm als dem obersten Gericht in ganz besonderer Weise die Aufgabe zu, die Einheitlichkeit der Rechtsprechung und damit die Rechtssicherheit zu wahren. Trotzdem neigt der BGH, wie die Vielzahl der von verschiedenartigen außergesetzlichen Erwägungen beeinflussten Urteile und Beschlüsse und vor allem auch die zahlreichen voneinander abweichenden Entscheidungen zu gleichen Rechtsfragen oder demselben Gesetz zeigen, eindeutig dazu, die Rechtssicherheit um der Gerechtigkeit willen hintanzustellen, wenngleich er sie nicht völlig

außer acht läßt, wie schon aus der Tatsache deutlich wird, daß einer der von ihm in einer Reihe von Entscheidungen beachteten außergesetzlichen Zwecke die Wahrung der Rechtssicherheit ist. Diese verhältnismäßig geringe Wahrung der Rechtssicherheit in der Rechtsprechung des BGH führt nun zwar einerseits dazu, daß sich die Instanzgerichte nicht so leicht an den Entscheidungen des BGH orientieren können, da sie in zweifelhaften Fällen meistens nicht einfach auf seine festgefügte, unveränderliche Rechtsprechung zu einer bestimmten Rechtsfrage zurückgreifen und so ihr eigenes Urteil mit einer mehr oder weniger formalistischen Berufung auf die Wahrung der Rechtssicherheit begründen können. Andererseits wird dadurch aber auch die Rechtsprechung der Instanzgerichte lebendig erhalten und vor einer Erstarrung und einem bloßen Nachvollzug der Entscheidungen des BGH bewahrt, so daß die unteren Gerichte immer wieder selbst Gedanken über die Tragweite eines Urteils des BGH, das einen für den entscheidenden Fall ähnlichen Sachverhalt betrifft, machen können und sich den Sinn und Zweck des anzuwendenden Gesetzes bewußt machen können. Der Einfluß außergesetzlicher Erwägungen auf die Entscheidungen des BGH ist also nicht nur für die dem Strafrecht unterworfenen Bürger in Form gerechterer Urteile von Vorteil, sondern die dadurch verursachte Kasuistik in der Rechtsprechung des BGH wirkt auch auf die Tätigkeit der Instanzgerichte belebend und anregend und ist daher entgegen dem ersten Anschein auch für deren Rechtsprechung sehr nützlich, wenngleich der BGH in der Differenzierung seiner Urteile und Beschlüsse zuweilen etwas zu weit geht, weiter als es das Bemühen um lebensnahe und gerechte Entscheidungen verlangt. In manchen Fällen hätte er daher etwas mehr auf die Wahrung der Rechtssicherheit bedacht sein sollen.

VII. Da in den vorangegangenen Ausführungen die vom BGH in seiner Rechtsprechung berücksichtigten Zweckmäßigkeits- und Billigkeitserwägungen unter dem Oberbegriff "außergesetzliche Erwägungen" zusammengefaßt wurden, soll nun noch kurz dieser Begriff, d.h. das Verhältnis solcher Erwägungen und ihrer Berücksichtigung in der Rechtsprechung des BGH zum Gesetz erläutert werden.

Wie bereits oben ¹⁾ ausgeführt wurde, sind alle vom BGH berücksichtigten Zweckmäßigkeits- und Billigkeitserwägungen im Strafverfahrensrecht oder im materiellen Strafrecht selbst begründet. Sie haben entweder einige allgemeine, über den einzelnen Vorschriften des Strafverfahrensrechts oder des materiellen Strafrechts stehende Grundprinzipien wie z.B. die Rechtssicherheit oder den Grundsatz der Prozeßökonomie oder den der Billigkeit zum Gegenstand, oder sie beziehen sich inhaltlich auf einen Rechtsgedanken, der nur in einer einzelnen Norm oder in einer Gruppe von Vorschriften enthalten ist und nur für die Entscheidung von solchen Fällen Bedeutung hat, die gerade unter Anwendung dieser Vorschriften beurteilt werden müssen. Als Beispiel seien hier die Urteile und Beschlüsse genannt, die eine flüssige, zweckmäßige Gestaltung des Straßenverkehrs erstreben. Das ist ein Zweck, der keine allgemeine Geltung für das gesamte Strafrecht wie z.B. der Grundsatz der Billigkeit hat, sondern der nur im Rahmen der verkehrsrechtlichen Entscheidungen von Bedeutung ist und auf den bereits die Strafvorschriften, die sich auf den Verkehr beziehen, ausgerichtet sind. Auch die einzelnen Gruppen der unter dem Oberbegriff der kriminalpolitischen Zweckmäßigkeits- und Billigkeitserwägungen zusammengefaßten außergesetzlichen Gesichtspunkte wie z.B. diejenigen, die einen verstärkten Schutz des Eigentums erstreben gehören hierher, da auch sie primär auf einen Zweck zum Inhalt haben, der nur für die Auslegung der Vorschriften Bedeutung hat, in denen er bereits als ratio legis enthalten ist. Um bei den eben genannten Bei-

1) Vgl. oben S. 73 ff u. 137 ff

spiel zu bleiben: Aus den §§ 242 ff StGB, die den Schutz des Eigentums bezwecken, wird der Gesichtspunkt des verstärkten Eigentumsschutzes entnommen und anhand dieser Erwägung werden dann die §§ 242 ff in Zweifelsfällen wieder ausgelegt. Da aber diese Zweckmäßigkeitserwägungen zur großen Gruppe der kriminalpolitischen Erwägungen gehören, sind sie sekundär in ihrer Gesamtheit auf die Verwirklichung des den Gegenpol zum Grundsatz der Billigkeit bildenden, das ganze materielle Strafrecht beherrschenden Prinzips der adaequaten Bestrafung für eine Straftat gerichtet, haben also insoweit auch ein über den einzelnen Vorschriften des materiellen Strafrechts stehendes Grundprinzip zum Gegenstand.

Auch die zuvor genannten Zweckmäßigkeitserwägungen, die Grundprinzipien des Strafverfahrensrechts oder des materiellen Strafrechts zum Inhalt haben, lassen sich auf einzelne Vorschriften zurückführen, da es Normen gibt, die diesen Prinzipien für einen bestimmten Bereich Geltung verschaffen wollen. So enthält z.B. § 251, I, Satz 2 StPO eine Konkretisierung des Grundsatzes der Prozeßökonomie in Form einer Beschleunigung des Verfahrens oder § 140 StPO ist Ausdruck des Rechts des Angeklagten auf Verteidigung und damit des Prinzips eines rechtsstaatlichen Verfahrens. Im materiellen Strafrecht sind zahlreiche Vorschriften Ausprägungen des Grundsatzes der Billigkeit wie z.B. die §§ 23, 25, 46, 157, 158 usw. StGB.

Es zeigt sich also, daß sich der BGH, wenn er Einzelfälle unter Berücksichtigung solcher Erwägungen entscheidet, nicht völlig außerhalb und neben dem Gesetz bewegt, sondern sich mehr oder weniger stark an das Gesetz anlehnt, indem er alle von ihm beachteten Gesichtspunkte aus dem Gesetz selbst entnimmt und nicht beliebige Zweckgesichtspunkte, die ihm gerade aus irgendwelchen Gründen brauchbar erscheinen und die in gar keinem Zusammenhang mit dem Gesetz stehen, als Maßstab für seine Entscheidungen benutzt.

Der Unterschied zwischen den soeben besprochenen zwei Arten von außergesetzlichen Erwägungen zeigt sich demnach weniger in der Weise, wie sie aus dem Gesetz hervorgehen, als vielmehr darin, wie sie zur Auslegung einzelner Vorschriften in einem konkreten Fall herangezogen werden. Während diejenigen Erwägungen, deren Ziel allein in der besseren Verwirklichung der ratio legis einer einzelnen Vorschrift oder einer Reihe von gleichartigen Normen besteht, nur zur Auslegung derjenigen Vorschriften herangezogen werden, aus denen sie hergeleitet wurden¹⁾, dienen die Erwägungen, deren Gegenstand Grundprinzipien des Strafverfahrensrechts oder des materiellen Strafrechts bilden, nicht nur zur Auslegung der Normen, die bereits Konkretisierungen dieser Prinzipien enthalten, sondern werden darüber hinaus ganz allgemein auch bei der Anwendung von Bestimmungen berücksichtigt, die inhaltlich damit gar nichts zu tun haben; z.B. indem der Gesichtspunkt der Billigkeit im Rahmen eines Straftatbestandes des Besonderen Teils des StGB beachtet und dadurch eine ansich verwirkte Bestrafung vermieden oder gemildert wird.

In dieser zuletzt genannten Art von Fällen erscheint es noch ohne weiteres verständlich, von außergesetzlichen Erwägungen zu sprechen, da die in einem konkreten Einzelfall beachteten Gesichtspunkte zwar auch aus dem Gesetz als ganzes entnommen sind, mit der konkret angewandten einzelnen Vorschrift aber, zumindest unmittelbar, nichts zu tun haben, falls es sich nicht gerade um die Auslegung einer Norm handelt, die eine Ausprägung eines solchen Grundprinzips enthält. Trotzdem erhebt sich auch hier und vor allem in den Fällen, in denen die "außergesetzliche" Erwägung aus der im konkreten Einzelfall gerade angewandten Norm hervorgeht, die Frage, worin denn nun eigentlich das Außergesetzliche bei diesen Erwägungen besteht.

1) Vgl. oben das Beispiel zu § 242 StGB (S. 173)

Es war davon die Rede, daß sich der BGH bei seinen von Zweckmäßigkeitserwägungen getragenen Urteilen und Beschlüssen an das Gesetz anlehnt. Darin kommt schon die Unvollkommenheit der Beziehung zwischen dem Gesetz und diesen Entscheidungen zum Ausdruck. Das Gesetz bildet in diesen Fällen gleichsam nur den Grund, auf dem der BGH seine Rechtsprechung aufbaut, den groben teilweise sehr lockeren Rahmen, in den er sie einfügt. Das Wesentliche, das der BGH zu jedem Urteil, das sich nicht zweifelsfrei und zwangsläufig aus dem Wortlaut des Gesetzes ergibt, von sich aus hinzufügt, besteht in der Entscheidung der Frage, ob und gegebenenfalls welche der im Gesetz bereits vorgezeichneten Zweckgesichtspunkte er anwenden will, ob er also z.B. in einem konkreten Fall einen verstärkten Schutz des Eigentums für zweckmäßig hält und daher einem kriminalpolitischen Gesichtspunkt Raum gibt, um zur Bestrafung des Täters zu gelangen, oder ob er es als billig ansieht, den Täter straflos zu lassen. Man kann also sagen, daß das Gesetz die Kategorien von Zweckmäßigkeitserwägungen, die der BGH in seiner Rechtsprechung berücksichtigt, liefert, der BGH dagegen von sich aus die Entscheidung fällt, welche der ihm zur Auswahl zur Verfügung stehenden Zweckgesichtspunkte er im konkreten Fall anwendet, und dann aufgrund dieser Entscheidung den von ihm ausgewählten Zweckgesichtspunkt an die für den konkreten Fall maßgebende Vorschrift heranträgt und sie entsprechend auslegt und anwendet. Der BGH kristallisiert also zwar die Zweckgesichtspunkte aus dem Gesetz heraus, löst sie jedoch damit zugleich vom Gesetz los und verselbstständigt sie und verwendet sie dann ganz nach eigenem Ermessen, indem er sie je nach Bedarf für ein Urteil heranzieht und die anzuwendende Vorschrift durch sie in der gewünschten Weise auslegt. Den Maßstab dafür, welcher Erwägung er bei einem Urteil Raum gibt, nimmt der BGH letztlich aus seiner Vorstellung von dem, was im konkreten Einzelfall gerecht ist, also aus seinem

an der bei uns geltenden Sitten- und Wertordnung orientierten Gerechtigkeitsempfinden, seinem Rechtsgefühl. Dieses Rechtsgefühl ist der letzte Urgrund, aus dem heraus der BGH seine Entscheidungen fällt. Es ist die eigentliche außergesetzliche Wurzel, aus der die Berücksichtigung von Zweckmäßigkeitserwägungen in der Rechtsprechung des BGH erwächst. Über dieses Gerechtigkeitsempfinden finden mit Hilfe der aus dem Gesetz selbst entnommenen Zweckmäßigkeits- und Billigkeitserwägungen die übergesetzlichen Werte unseres Sittengesetzes Eingang in die Rechtsprechung des BGH, so daß diese vielfach die tiefste außergesetzliche Wurzel für die Entscheidungen des BGH bilden, wie sich u.a. besonders klar in 6,46 ff und 17,230 ff zeigt. Obwohl also die Arten der vom BGH beachteten außergesetzlichen Erwägungen bereits im Gesetz selbst in seiner Gesamtheit oder in einzelnen Vorschriften enthalten sind, kann man sie trotzdem als außergesetzlich bezeichnen, weil die Auslegung der einzelnen in einem konkreten Fall angewandten Vorschrift anhand von ihnen nicht aus dieser Norm selbst, sondern eben aus dem außergesetzlichen Rechtsgefühl des BGH und den sich darin manifestierenden übergesetzlichen Werten folgt, und sie daher vom BGH für den konkreten zu entscheidenden Fall immer von außen an die dafür maßgebende Vorschrift herangetragen werden.

Das soeben Gesagte gilt für jede Art außergesetzlicher Erwägungen, auch für diejenigen, die aus der in einem konkreten Fall angewandten Norm selbst entnommen sind und nur die Ausdehnung des rechtlichen Gehalts dieser Norm auf einen Fall, der nicht unmittelbar von deren Wortlaut erfaßt wird, im Auge hat; denn auch wenn hier die berücksichtigte außergesetzliche Erwägung ihrem Inhalt nach unmittelbar aus der angewandten Vorschrift selbst hervorgeht, so ergibt sich auch in diesem Fall die ausdehnende Auslegung der Norm mit Hilfe dieser Erwägung nicht aus der Norm selbst, sondern aus dem Gerechtigkeits-

empfinden des BGH, das über und außerhalb der einzelnen Vorschrift steht. Auch in solchen Fällen ist man demnach berechtigt, von außergesetzlichen Erwägungen zu sprechen.

Die Berücksichtigung außergesetzlicher Erwägungen in der Rechtsprechung des BGH führt, wie die besprochenen Entscheidungen zeigen, häufig zu einer sehr freien Handhabung der zur Beurteilung eines konkreten Falles herangezogenen Normen. Vielfach handelt es sich bei diesen Entscheidungen um eine reine "Rechtsprechung vom Ergebnis her"; d.h. die einzelnen Vorschriften werden bloß als Aufhänger für ein Urteil benutzt, während dieses in Wirklichkeit fast ausschließlich auf der Beachtung außergesetzlicher Erwägungen beruht. Das Gesetz dient in diesen Fällen dann nur noch als Mantel, der einer aufgrund außergesetzlicher Erwägungen gefällten Entscheidung nachträglich umgehängt wird. Zuerst kommt also der BGH bei solchen Entscheidungen zu einem bestimmten Ergebnis, um erst danach eine irgendwie geeignete gesetzliche Bestimmung zur Begründung zu suchen und zu finden. Zu diesem Zweck liest er vielfach die von ihm in einem konkreten Fall für beachtenswert gehaltenen Gesichtspunkte in die zur Beurteilung dieses Falles herangezogenen Normen hinein, um sie dann unter dem Vorwand, den Sinn des Gesetzes zu erforschen und zu verwirklichen, wieder aus dieser Vorschrift herauszuholen. In Wirklichkeit hat für ihn aber nicht nur der Wortlaut einer gesetzlichen Bestimmung, falls er eine von ihm gewünschte Entscheidung nicht trägt, überhaupt keine Verbindlichkeit, sondern auch der wahre Sinn einer Vorschrift, wie er sich bei einer unbefangenen, natürlichen Betrachtung darstellt, wird von ihm häufig mißachtet, indem er die in einem Gesetz gebrauchten Begriffe entgegen dem gewöhnlichen Sprachgebrauch in einer uneinsichtigen, konstruierten und gekünstelten Weise auslegt. Dadurch preßt er teilweise Entscheidungen, die allein auf außergesetzlichen Erwägungen beruhen, unter eine gesetzliche Be-

stimmung, die ganz offensichtlich für die Beurteilung derartiger Fälle nicht geschaffen und auch nicht geeignet ist. Der BGH beschränkt sich dabei nicht darauf, das Gesetz in einer zwar ungewöhnlichen, aber immerhin noch denkbaren Weise auszulegen, sondern unterstellt in manchen Fällen einem im Gesetz gebrauchten Wort einen Sinn, der unmöglich mit diesem Wort verbunden werden kann, wodurch die Gesetzesauslegung in Wahrheit zu einer Umbiegung und Verzerrung des Gesetzes wird. Damit überschreitet er aber auch die Grenze zur verbotenen Analogie.

VIII. Der Hinweis auf den Sinn eines Gesetzes ist zwar die häufigste, nicht aber die einzige Begründung, die der BGH verwendet, um eine in Wahrheit allein oder überwiegend unter dem Einfluß außergesetzlicher Erwägungen getroffene Entscheidung einer mehr oder weniger passenden gesetzlichen Bestimmung unterzuordnen. So beruft er sich u.a. außerdem auch noch auf den Wortlaut eines Gesetzes, die natürliche Betrachtungsweise und den natürlichen Sprachgebrauch oder das natürliche Rechtsempfinden, weiter auch das Erfordernis der Gerechtigkeit oder der Rechtssicherheit und schließlich auf das Argument, daß eine andere als die von ihm vertretene Ansicht nicht Recht sein könne oder kein vernünftiger Grund vorhanden sei, anders zu entscheiden, oder der Gesetzgeber eine gegenteilige Entscheidung nicht gewollt haben können usw. Er geht dabei, wie ein Vergleich mehrerer Entscheidungen miteinander zeigt, oft sehr inkonsequent vor, was zu offensichtlichen Widersprüchen zwischen den Begründungen der einzelnen Urteile und Beschlüsse führt. So weist er einerseits bei den meisten Entscheidungen, die sich nach seiner Ansicht zwar aus dem Sinn einer Norm ergeben, aber von ihrem Wortlaut nicht oder nur unvollkommen getragen werden, darauf hin, daß der Wortlaut eines Gesetzes gegenüber

seinem Sinn nur untergeordnete Bedeutung habe, eine Entscheidung also nicht daran scheitern dürfe, daß sie mit dem Gesetzeswortlaut nicht völlig oder überhaupt nicht vereinbar ist. Andererseits begründet er aber auch wieder eine nicht geringe Anzahl von Urteilen und Beschlüssen mit dem Wortlaut der angewandten Normen, und zwar nicht nur in der Weise, daß er feststellt, die von ihm getroffene Entscheidung widerspreche dem Gesetzeswortlaut nicht, sondern durch die Behauptung, dieses oder jenes Urteil werde vom Wortlaut einer Vorschrift zwingend erfordert. Zwischen zwei so sehr von einander abweichenden Bewertungen der rechtlichen Tragweite und Verbindlichkeit des Gesetzeswortlauts besteht aber ein eklatanter Widerspruch; denn wenn der Gesetzeswortlaut wirklich eine unüberbrückbare, zwingende Schranke für die Gesetzesauslegung bildet, hat eine Berufung auf den Sinn einer Norm dort ihre Grenze, wo sie vom Wortlaut dieser Vorschrift nicht mehr voll gedeckt wird. Wenn dagegen der Sinn einer Norm den Vorrang vor dem Wortlaut genießt, kann man diesem nicht eine zwingende und daher ausschließliche Bedeutung für eine Entscheidung zugestehen.

Dieselbe Widersprüchlichkeit zeigt sich, wenn der BGH einerseits eine Reihe von Urteilen mit dem natürlichen Sprachgebrauch und der natürlichen Betrachtungsweise oder dem natürlichen Rechtsempfinden begründet, andererseits aber bei einer großen Anzahl von Entscheidungen diese natürlichen, allgemeinverständlichen Kriterien für die Gesetzesauslegung gänzlich außer acht läßt und den gesetzlichen Begriffen oft recht unnatürliche Bedeutungen unterschiebt.

Ein weiteres Gegensatzpaar im Rahmen der vom BGH gebrauchten Urteilsbegründungen bildet die Berufung auf das Erfordernis der Gerechtigkeit einerseits und auf die Rechtssicherheit andererseits. Während der BGH im ersten Fall auf die Rechtssicherheit häufig überhaupt keine Rück-

sicht nimmt und sogar in einigen Entscheidungen ausdrücklich betont, daß die Gerechtigkeit den Vorrang vor der Rechtssicherheit genieße, nimmt er im zweiten Fall von gerechteren Urteilen Abstand, indem er mit dem Hinweis, die Rechtssicherheit zu wahren, an einer festgefügt, ständigen Rechtsprechung zu einer bestimmten Rechtsfrage oder an einer sehr wortgetreuen Gesetzesauslegung festhält.

Schließlich müssen in diesem Zusammenhang noch zwei weitere gegensätzliche Arten der Urteilsbegründung genannt werden, nämlich auf der einen Seite die Berufung auf die Entstehungsgeschichte einer Norm und auf den Willen des Gesetzgebers, auf der anderen Seite die ausschließliche Beachtung des Willens des Gesetzes. Auch diese beiden Begründungen sind kaum miteinander vereinbar. Entweder ist nämlich der historische Wille des Gesetzgebers, für den u.a. auch die Entstehungsgeschichte einer Norm einen Anhaltspunkt darstellt, das entscheidende Kriterium bei der Gesetzesauslegung oder aber der objektive Wille des Gesetzes, der sich unabhängig von den Absichten des Gesetzgebers bei der Schaffung einer Norm allein aus dieser Norm selbst, wie sie im Zeitpunkt ihrer jeweiligen Anwendung ausgelegt werden kann und muß, ergibt; denn abgesehen von einigen wirklich nur historisch bedingten Gesetzen muß bei allen Vorschriften derselbe Weg der Auslegung eingeschlagen werden, so daß es nicht möglich ist, einmal nach der subjektiven und einmal nach der objektiven Auslegungsmethode zu verfahren.

Wie der eben dargelegte Gegensatz zwischen einer Vielzahl der vom BGH angeführten Entscheidungsgründe zeigt, bedient sich der BGH der genannten Argumente ohne jede Ordnung und innere Logik. Dadurch entbehren sie nicht nur der Überzeugungskraft, sondern es verstärkt sich noch die bereits durch eine oft recht gekünstelte Gesetzesauslegung hervorgerufene Empfindung, daß die von BGH vorgebrachten Gründe für eine Entscheidung deren wahre Wurzeln, nämlich

die außergesetzlichen Erwägungen, verschleiern sollen. Man hat, wenn man diese Urteilsbegründungen liest, in den seltensten Fällen den Eindruck, daß sich eine Entscheidung klar und zwingend aus den für sie vorgebrachten Gründen ergibt. Den Leser solcher Urteile befällt vielmehr das Gefühl, daß der BGH willkürlich jeweils die Begründung für eine in Wirklichkeit auf außergesetzlichen Erwägungen beruhende Entscheidung heranzieht, die ihm gerade als die geeignetste erscheint, um die Anwendung einer mehr oder weniger passenden gesetzlichen Vorschrift auf einen konkreten Fall zu rechtfertigen. Dieser Eindruck verstärkt sich noch, wenn man sieht, wie systemlos der BGH je nach Bedarf die einzelnen Normen einmal weit, dann wieder eng auslegt. Am deutlichsten zeigen aber Wendungen in der Art, daß eine gegenteilige Ansicht nicht Recht sein könne, oder kein vernünftiger Grund vorhanden sei, anders zu entscheiden und ähnliche, daß sie nur als Vorwand dienen, ganz andere für die Entscheidung maßgebende Gesichtspunkte zu verdecken; denn eine derartige Begründung ist in Wahrheit gar keine Begründung, sondern nur das letzte Mittel, um eine Entscheidung zu rechtfertigen, wenn keine andere Begründung paßt und das Gericht die wahren außergesetzlichen Gründe für seine Entscheidung überhaupt nicht nennen oder das Urteil nicht allein auf solche Erwägungen stützen will. Der BGH versucht also nicht selten, die von ihm berücksichtigten außergesetzlichen Gesichtspunkte hinter solchen Scheinbegründungen zu verbergen oder, sofern diese Erwägungen in einem Urteil erwähnt werden, zumindest in ihrer Bedeutung für die getroffene Entscheidung abzuschwächen. Diese Verschleierrtaktik führt, was die Entscheidungsgründe anbelangt, zu dem Eindruck einer gewissen Unaufrichtigkeit in einem nicht unerheblichen Teil der strafrechtlichen Rechtsprechung des BGH. Sie ist nicht dazu geeignet, das Vertrauen in die Rechtsprechung zu heben, sondern ein Leser solcher Entscheidungen ist, sofern er sich mit der Rechtsprechung des BGH nicht näher

beschäftigt, sogar versucht, das Mißtrauen, das derartige Urteilsbegründungen in ihm hervorrufen, auf den Urteilstenor auszudehnen und so auch an der Richtigkeit der in der Regel begrüßenswerten Ergebnisse der Rechtsprechung des BGH zu zweifeln. Gerade der BGH als oberstes Gericht hat aber u.a. auch ganz besonders die Aufgabe, durch klare überzeugende und gerechte Entscheidungen das Vertrauen in die Rechtsprechung zu stärken. Darüber hinaus ist es sehr bedauerlich, daß der BGH durch diese unwahrhaftige Art der Begründung Zweifel aufkommen läßt an der Notwendigkeit des Einflusses außergesetzlicher Erwägungen auf die Rechtsprechung und an den dadurch im allgemeinen gerechten und lebensnahen Urteilen. Es wäre daher besser, wenn sich der BGH zu den von ihm berücksichtigten außergesetzlichen Gesichtspunkten klar und eindeutig bekennen und die teilweise sehr freie Auslegung eines Gesetzes allein mit diesen Erwägungen rechtfertigen und nicht versuchen würde, die wahren Wurzeln eines Urteils mit oft recht weit hergeholten Argumenten zu bemänteln; denn auch wenn er durch diese Begründungen seinen auf außergesetzlichen Erwägungen beruhenden Entscheidungen den Anschein einer größeren Gesetzestreue verleiht, so kann er eben doch nicht darüber hinwegtäuschen, daß er in Wahrheit mit dem Gesetz sehr frei und großzügig umgeht.

IX. Zum Abschluß dieser Arbeit soll nun deren Ergebnis noch einmal in ein paar Sätzen kurz zusammengefaßt werden.

Die Entscheidungen, die klar erkennbar von Zweckmäßigkeits- und Billigkeitserwägungen beeinflusst sind, bilden einen verhältnismäßig großen Teil der gesamten strafrechtlichen Rechtsprechung des BGH. Der BGH berücksichtigt aber nur wenige Arten solcher Erwägungen, und zwar nur solche, die ihre Wurzel im Strafverfahrensrecht oder im materiellen

Strafrecht selbst haben. Die Folge davon ist, daß sie nicht auf Ziele gerichtet sind, die überhaupt keine Verbindung mit dem Gesetz haben, sondern der besseren Verwirklichung von Zwecken dienen, die im Gesetz bereits vorgezeichnet sind. Da aber alle diese gesetzlichen Zwecke letztlich in ein oberstes Ziel einmünden, nämlich im Strafverfahrensrecht in die Durchführung eines möglichst raschen, einfachen, dabei aber doch rechtstaatlichen Strafverfahrens und im materiellen Strafrecht in eine möglichst gerechte Sachentscheidung, ist auch die von Zweckmäßigkeits- und Billigkeitserwägungen getragene Rechtsprechung des BGH auf die Verwirklichung dieser höchsten Zwecke des Strafverfahrensrechts und des materiellen Strafrechts ausgerichtet. Das schließt aber nicht aus, daß auch der BGH dieses hohe Ziel, nämlich die Realisierung der Gerechtigkeit in der für das Strafverfahrensrecht oder das materielle Strafrecht eigentümlichen Form nicht immer erreicht.

Um die häufig fast ausschließlich auf außergesetzlichen Erwägungen beruhenden Entscheidungen einer gesetzlichen Vorschrift unterordnen zu können, bedient sich der BGH vielfach einer sehr freien Gesetzesauslegung mit oft recht gekünstelten und spitzfindigen Begründungen, die nicht überzeugen und das Vertrauen in die Rechtsprechung erschüttern.

Wenn man danach eine Wertung der von Zweckmäßigkeits- und Billigkeitserwägungen getragenen strafrechtlichen Rechtsprechung des BGH vornimmt, muß man mit den Ergebnissen dieser Rechtsprechung in der Regel einverstanden sein, da sie im allgemeinen gerecht und lebensnah sind. Die Entscheidungsbegründungen sind dagegen in ihrer Mehrzahl abzulehnen, da sie oft nur als Deckmantel für die in Wahrheit beachteten außergesetzlichen Erwägungen dienen und infolgedessen keine Überzeugungskraft haben.

L e b e n s l a u f

Am 11.7.1937 wurde ich als Sohn des damaligen Reichsbahnoberrates Dr. Theodor Mölter und seiner Ehefrau Paula, geborene Dietlmeier, in München geboren. Nach dem Besuch der Volksschule in München und des Humanistischen Gymnasiums in München und Frankfurt/Main legte ich im Frühjahr 1956 in Frankfurt/Main das Abitur ab.

Vom Sommersemester 1956 bis zum Wintersemester 1959/60 studierte ich an der Universität in Frankfurt/Main und München Rechtswissenschaft. Den Abschluß des Studiums im Frühjahr 1960 bildete die erste juristische Staatsprüfung. Die Zeit der Referendarausbildung verbrachte ich ebenfalls in München, wo ich im Sommer 1964 die Große juristische Staatsprüfung ablegte.

Seit 1. Dezember 1964 bin ich bei der Regierung von Oberbayern als Regierungsassessor angestellt.

